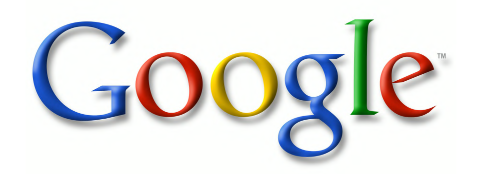
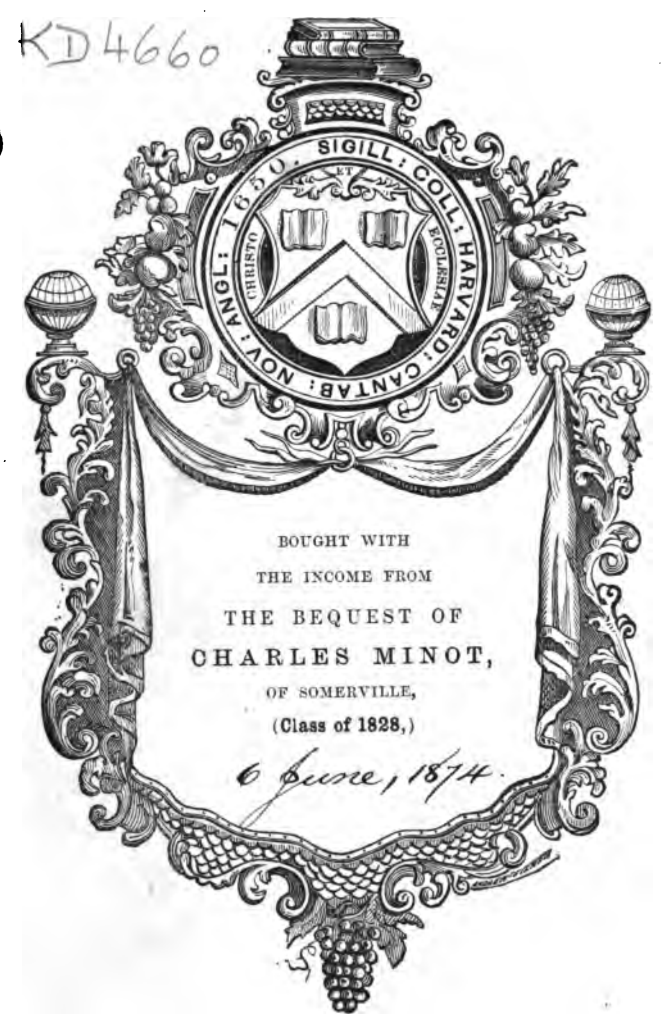



SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
BOUGHT WITH
THE INCOME FROM
THE BEQUEST OF
CHARLES MINOT,
OF SOMERVILLE,
(Class of 1828,)
6 June, 1874.

[redacted]

Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

C. F. von Gerber,
Kanzler der Universität Tübingen

und

R. Jhering,
Geh. Justizrath und Professor zu Gießen.

Vierter Band.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Mauke.
1861.

~~Gov10.1~~

~~IX .12~~3

1874, June 6.
Minot Hund.

Inhalt.

I.

Culpa in contrahendo

oder

Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen.

Von

R. Ihering.

Wenn ein Schriftsteller ein bereits bekanntes Thema behandelt, so darf man von ihm erwarten, daß er sich auf die von ihm gefundenen Resultate beschränke, den Leser aber mit Angabe des Weges, auf dem er zu denselben gelangt ist, verschone. Anders aber, wenn er, wie im vorliegenden Fall, ein völlig neues Thema erst einzuführen gedenkt; hier würde es durchaus ungeeignet sein, die gefundenen Resultate in fertiger Form vorzulegen, vielmehr liegt es ihm hier zunächst ob, das Bedürfniß und Interesse seiner Untersuchungen, die Ausgangs- und Zielpunkte derselben zu bezeichnen, um so von vornherein den Leser auf den Standpunkt zu stellen, von dem aus er der Untersuchung selbstthätig folgen kann, und dies wird sich nicht besser erreichen lassen, als indem er dem Leser die Entstehungsgeschichte seiner Arbeit mittheilt, wie dies jetzt im Folgenden geschehen soll.

Bei dem Vortrage der Lehre vom wesentlichen Irrthum in meinen Vorlesungen machte mir schon seit Jahren ein Punkt große Schwierigkeit, auf den ich eine befriedigende Auskunft zu ertheilen nicht im Stande war, nämlich die Frage: ob nicht der irrende Theil dem Gegner auf Ersatz des durch seine Schuld ihm verursachten Schadens hafte? Es will Jemand 100 Pfund von einer Waare bestellen, verwechselt aber das Pfund- mit dem Centnerzeichen; die 100 Centner kommen an und werden von ihm zurückgewiesen. Oder der Correspondent eines Handlungshauses soll im Auftrage des Principals eine gewisse Waare bestellen, verschreibt sich aber im Namen derselben. Daß der Vertrag nichtig ist, vorausgesetzt daß das Versehen wirklich bewiesen werden kann, ist unzweifelhaft. Allein wer trägt die nutzlos aufgewandten Verpackungs- und Versendungskosten? Haftet der culpose Theil dem Gegner nicht zum Ersatz der durch seine culpa ihm verursachten Auslagen? Die Literatur ließ mich über diese Frage fast gänzlich im Stich. Die meisten Lehrbücher berühren sie gar nicht, und nur bei vier neueren Schriftstellern habe ich sie aufgeworfen gefunden. Zwei derselben verneinen sie [1]) und, wie es scheint, mit vollem Recht. Denn da der Contract nicht zu Stande gekommen ist, so kann von einer Anwendbarkeit der Grundsätze über contractliche culpa nicht die Rede sein, unter die der außercontractlichen, der act. legis Aquiliae, läßt sich der Fall ebenso wenig bringen.

Die Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit eines solchen Resultats liegt auf der Hand; der culpose Theil geht frei aus, der unschuldige wird das Opfer der fremden Culpa!

---

1) von Savigny, System III S. 295 Note a, von Wächter, Würtemb. Privatrecht II S. 749.

führen die Grundsätze des römischen Rechts in der That zu einem solchen Resultat, so darf man ihm den Vorwurf machen, daß es nach dieser Seite hin eine empfindliche Lücke darbiete.

Die beiden andern Schriftsteller bejahen die Frage, aber der eine[2]), wenn auch durch ein richtiges praktisches Gefühl geleitet, ohne alle weitere Begründung, als daß, „wenn die eine Parthei dolo oder culpa jene Nichtigkeit veranlaßt habe, der Benachtheiligte aber an dieser Schuld keinen Antheil habe, letzterer nach allgemeinen Grundsätzen Entschädigung fordern könne." Diese „allgemeinen Grundsätze" anzudeuten hat jener Schriftsteller nicht für gut befunden, und da er wegen Nichtigkeit des Contracts die Möglichkeit der Contractsklage selbst in Abrede stellt, so kann er, abgesehen von der act. doli für den Fall des dolus, für den der culpa nur an die act. legis Aquiliae gedacht haben, deren Statthaftigkeit ihm jedoch nach „allgemeinen Grundsätzen" schwerlich Jemand zugeben dürfte.

Der andere Schriftsteller[3]) ist meines Wissens der einzige, der unsere Frage einer nähern Beachtung gewürdigt hat. Er hat nach meiner Ansicht das Richtige vollkommen getroffen, indem er auf Grund der unten zu erörternden l. 8 und 9 de her. vend. (18. 4) die Behauptung aufstellt, daß die Nichtigkeit des Contracts zwar die Klage auf Erfüllung desselben, nicht aber die auf Schadensersatz wegen culpa ausschließe.

---

2) Schweppe, Das röm. Privatrecht III § 418 (Ausg. 4).

3) Richelmann, Der Einfluß des Irrthums auf Verträge. Hannover 1837 S. 129 fl. Er selbst nimmt auf ältere Schriftsteller, z. B. Cujacius Obs. II c. 5 Donellus Comm. lib. 12 c. 20 u. a., Bezug, die jedoch über die unmittelbaren Anhaltspunkte der Quellen wenig hinausgehen.

Ob es an der unterlassenen weitern Durchführung dieser ihrem Kern nach vollkommen richtigen Idee oder an der Macht des wissenschaftlichen Vorurtheils gelegen hat — kurzum, die von diesem Schriftsteller gegebene verdienstliche Anregung ist für die spätere Literatur so gut wie verloren gegangen[4]), und ich selbst darf mich von diesem Vorwurf ebenfalls nicht frei sprechen, denn ich habe die Richelmann'sche Ansicht erst zu würdigen gelernt, nachdem ich von einer andern Seite her und unabhängig von ihr zu derselben gedrängt worden bin.

Es war dies bei Gelegenheit des Falls, den ich in diesen Jahrbüchern B. I S. 280 — 282 berührt habe, dem des Versehens des Boten. Ich ersuche einen Freund, der nach Bremen reist, mir bei meinem Cigarrenlieferanten $1/4$ Kiste Cigarren zu bestellen, er versieht sich aber und bestellt 4 Kisten. Dieselben werden mir übersandt, von mir aber zurückgewiesen. Hat der Absender die doppelten Transportkosten zu tragen, oder kann er sie vom Boten oder von mir ersetzt verlangen? Man muß in seinem Glauben an das römische Recht jede Regung des gesunden Rechtsgefühls in sich unterdrückt haben, wenn man sich dabei zu beruhigen vermag, daß der Contract wegen mangelnden Consenses über das Quantum der Waare nicht zu Stande gekommen, eine Contracts-

4) Außer von Wächter a. a. O., der zwar die Möglichkeit der Contractsklage bei Nichtigkeit des Contracts „aus der besondern Garantie, welche der Versprechende gegeben", anerkennt, aber es für unrichtig erklärt, wenn Richelmann in einem solchen Fall die Ersatzklage auf culpa des Beklagten gründen wolle, hat Niemand seines Versuchs gedacht. Savigny a. a. O. beschränkt sich darauf, zu sagen: ganz unrichtig hätten Manche (?) angenommen, der irrende Verkäufer sei wegen culpa verantwortlich, während doch letztere keine allgemeine causa obligationis sei, sondern nur einen wirklich existirenden Vertrag zu modificiren vermöge.

klage folglich nicht möglich sei, die Voraussetzungen der act. legis Aquiliae aber nicht vorlägen. Wer fühlt nicht, daß es hier einer Schadensersatzklage bedarf? Aber freilich — — unsere Quellen beobachten über die Frage ein tiefes Schweigen, und unsere Literatur hat dies Beispiel nur zu treulich befolgt, denn außer bei Thöl[5]), welcher mit einer actio doli gegen den Boten helfen will, habe ich die Frage nirgends auch nur einmal aufgeworfen gefunden. Ueber die Nothwendigkeit einer Klage mit Thöl einverstanden, konnte ich doch die von ihm getroffene Wahl nicht billigen, denn eine act. doli, welche das Requisit des dolus aufgibt und mit culpa vorlieb nimmt, hat von der Klage nur noch den Namen, vielmehr schien mir nichts übrig zu bleiben, als diesen Fall der culpa an diejenige Klage anzulehnen, welche die Beschädigung durch außercontractliche culpa zu ihrer Voraussetzung hat — die act. legis Aquiliae, obschon ich mir das Mißliche einer so weit getriebenen Ausdehnung dieser Klage nicht verhehlte.

Gegen meine Annahme, daß das römische Recht uns hier völlig im Stich gelassen, erhob sich in diesen Jahrbüchern (B. I S. 462 Note 161) ein Widerspruch von Seiten Bähr's. Er meint, der Bote, der ein Versehen begehe, werde damit Procurator und hafte als solcher dem Dritten für das Vorhandensein des Mandats. Das hieße mit andern Worten: so wie nach römischem Recht der Procurator, weil er selbst den Contract abgeschlossen, zunächst auch selbst haftet und durch Ueberschreitung seines Mandats des Rechts, den Dritten mit der act. quasi institoria an den Mandanten zu weisen, verlustig geht, ebenso soll auch der Bote schlechthin als Contrahent gelten, also den Contract zu erfüllen haben. Allein

5) Handelsrecht B. I § 25 (Aufl. 3 S. 104).

dies läßt sich weder theoretisch rechtfertigen, noch würde es practisch als angemessen bezeichnet werden können. Es hieße, statt der Person, die nach Absicht aller drei dabei thätigen Personen der eigentliche Contrahent sein soll, zur Strafe eine andere substituiren, die es nach ihrer aller Willen nicht sein soll. Darf man denn, wenn es sich z. B. um Abschluß eines Miethscontracts handelt, dem Vermiether statt des ihm genehmen Mandanten den Boten, den er nie in sein Haus aufgenommen haben würde, als Miethsmann aufdringen? Soll dem Boten, der sofort nach Abschluß des Contracts seinen Irrthum entdeckt, die Befugniß, denselben zu berichtigen, abgesprochen werden? Dies wäre aber durchaus nothwendig, wenn der Contract einmal in seiner Person perfect geworden wäre.

Der Fall des Versehens des Boten führte mich auf einen andern, der seiner Zeit in öffentlichen Blättern mitgetheilt ist und eine gewisse Celebrität erlangt hat. Das Haus X in Cöln beauftragt das Banquierhaus Z in Frankfurt durch telegraphische Depesche, auf seine Rechnung einen namhaften Betrag gewisser Staatspapiere zu verkaufen, durch irgend ein bei der Beförderung der Depesche vorgekommenes Versehen bleibt aber das „ver" in „verkaufen" aus, und die Depesche wird in dieser Fassung dem Mandaten zugestellt und von ihm ausgeführt. Da die bezeichneten Papiere gleich darauf eine beträchtliche Coursverminderung erfuhren, so war die Differenz eine sehr beträchtliche, sie betrug, wie ich meine, in die 30,000 Fl. Konnte Z dieselbe von X ersetzt verlangen? Letzterer bestritt dies, weil das Mandat, wie jeder Vertrag, Consens voraussetze, es daran aber im vorliegenden Fall gefehlt habe. Gleichwohl ward er von der erkennenden Behörde verurtheilt; aus welchen Gründen, habe ich leider nicht in Erfahrung bringen können, allein die Entscheidung

selbst war mir von größtem Interesse, denn sie bestärkte mich in meiner Ueberzeugung, daß das Leben für diese und ähnliche Fälle sich mit der nackten Nichtigkeit des Contracts nach römischem Recht nicht abfinden lasse, vielmehr die unabweisbare Forderung einer Schadensersatzklage erhebe. Wie immerhin letztere theoretisch zu construiren, so viel stand mir fest: sie selbst ist gar nicht zu entbehren, und es muß, wenn auch der von mir anfänglich gewählte Gesichtspunkt der act. legis Aquiliae ein unhaltbarer sein sollte, sich ein anderer theoretisch völlig befriedigender für sie auffinden lassen.

Ich suchte zu dem Zweck, mir das Eigenthümliche der bisher mitgetheilten drei Fälle der culpa im Gegensatz zu sonstigen Fällen derselben zum Bewußtsein zu bringen. Daß ein Schreibfehler, eine falsch bestellte Botschaft oder Depesche im außercontractlichen Verkehr nicht schlechthin eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz erzeuge, war klar. Jemanden, der aus Gefälligkeit die neusten Course oder irgend eine auf letztere influirende wichtige politische Nachricht mittheilt und sich dabei versieht, für die Folgen seiner culpa verantwortlich zu machen — dafür erhob sich auch nicht die leiseste Regung in mir, während sich umgekehrt in den obigen drei Fällen mein Gefühl ebenso entschieden für die Haftbarkeit aussprach.

Worin liegt der Unterschied in der factischen Gestaltung der Fälle? Bei letzterem wird die culpa begangen bei Gelegenheit eines intendirten Contractsverhältnisses, der eine Theil ist dadurch in Schaden gerathen, daß er einen ihm von andern proponirten und dem äußern Hergang nach zu Stande gekommenen Vertrag ausführte. Damit hatte ich eine feste Abgränzung des Gebiets unserer culpa gewonnen, nämlich die der culpa bei Abschluß von Contracten: culpa in contrahendo.

Von diesem Punkt aus ging ich weiter, und fand bald

eine Reihe anderer Fälle, in denen sich derselbe Thatbestand wiederholte, und unter ihnen zu meiner Freude auch einen, in dem die Nothwendigkeit einer Klage, freilich ohne genügende Begründung, bereits von der Theorie [6]) anerkannt war. Der wichtigste Fund von allen aber war mir der, daß das römische Recht selbst in zwei Fällen, dem des Verkaufs einer res extra commercium und einer nicht existirenden Erbschaft, die Schadensersatzverbindlichkeit ausgesprochen hatte. Damit hatte meine Theorie festen quellenmäßigen Grund und Boden betreten, und es kam jetzt nur noch darauf an, den in den Entscheidungen der Quellen mehr verborgenen, als ausgesprochenen Inhalt zu Tage zu fördern, wie dies jetzt versucht werden soll. Es schien mir dabei am richtigsten zu sein, zwischen dem, was die Stellen direct und unzweifelhaft enthalten, und dem, was sich ihnen nur auf dem Wege der Deduction abgewinnen läßt, streng zu scheiden. Ich werde daher zunächst im ersten Abschnitt dieser Abhandlung den unmittelbaren Inhalt der Stellen feststellen, sodann im zweiten unter Zuhülfenahme der gewonnenen Resultate meine Theorie der culpa in contrahendo zu begründen versuchen und endlich im dritten diese Theorie auf alle einzelnen Fälle, deren ich habhaft geworden bin, anwenden.

I.

Unmittelbarer Inhalt des Quellenmaterials.

Die Stellen, um deren Benutzung es sich hier handelt, sind folgende [7]).

---

6) Es ist der des Widerrufs der Offerte bei Vertragsabschluß unter Abwesenden s. unten III 3.

7) Ueber die ältere Literatur der Stellen s. Glück, Pandekten XVI S. 48 und die Interpreten zum Titel de contr. emtione (18. 1). Einige andere hierher gehörige Entscheidungen der Quellen habe

l. 62 § 1 de contr. emt. (18. 1) (Modestinus): Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus ne deciperetur.

Diese Stelle scheinen die Verfasser der Institutionen vor Augen gehabt zu haben bei der Abfassung des

§ 5 J. de emt. et vend. (3. 23): [Loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens eruit] quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei licebat, ut consequatur quod sua interest eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

In einem einzelnen der hierher gehörigen Fälle hatte das prätorische Edict eine eigene Klage gewährt:

l. 8 § 1 de relig. (11. 7 (Ulpianus): Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae actio et in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat.

Den zweiten Fall behandeln die l. 8 und 9 de hered. vend. (18. 4).

l. 8 (Javolenus)... si nulla est (hereditas), de

---

ich für passender gehalten, im dritten Abschnitt bei Gelegenheit der Fälle, welche sie betreffen, zu benutzen. Die obigen reichen für den nächsten Zweck der Gewinnung einer quellenmäßigen Grundlage vollkommen aus, und das Hineinziehen der übrigen würde eher stören, als fördern. Die l. 21 § 2 de contr. emt. (19. 1) habe ich wegen der Zweifel, die rücksichtlich ihrer erhoben werden können (Richelmann a. a. O. S. 62 und von Savigny, System III S. 287 fl.) völlig ausgeschlossen.

qua actum videatur, pretium duntaxat et si **quid in eam rem impensum est**, emtor a venditore consequatur l. 9 (Paulus) et si quid emtoris interest.

Analysiren wir das Verhältniß, welches diese Stellen behandeln, so erhalten wir als völlig unzweifelhaft folgende Momente:

1) Aeußerer Abschluß des Kaufcontracts. Derselbe liegt in seinem äußern Thatbestand: Consens über Waare und Preis vor.

2) Nichtigkeit desselben wegen eines das verkaufte Object betreffenden Mangels, in dem einen Fall mangelnder Fähigkeit[8]), in dem andern mangelnder Existenz. Den letztern Fall haben wir uns, wie es nach den Worten der l. 8 cit.: si nulla (hereditas) est, de qua actum videatur scheinen könnte, nicht etwa so zu denken, als hätten die Parteien gar keine bestimmte Erbschaft im Auge gehabt — bei einem so abgeschmackten Handel würde der Käufer, wenn er in Schaden käme, sich selbst anzuklagen haben — sondern die vorhergehenden Worte der Stelle zeigen, daß der Jurist zwei Fälle sich hat gegenüber stellen wollen: es ist objectiv eine Erbschaft vorhanden, aber sie gehört nicht dem Verkäufer — hier kann auf Erfüllung geklagt werden — und die Erbschaft, welche die Parteien im Sinn hatten, ist objectiv nicht vorhanden, z. B. weil der Erblasser gar nicht verstorben, oder der Verkäufer eine Person als Erblasser vorgespiegelt hat, welche gar nicht existirt — hier greift unsere Schadensersatzklage Platz.

3) Mangel in der Person des Verkäufers, d. h. Mangel einer Eigenschaft, die er contractsmäßig zu gewäh-

---

8) l. 34, 83 § 5, 103 de V. O. (45. 1) l. 1 Cod. de sep. (9. 19) . . jure non subsistat venditio l. 2 Cod. de rel. (3. 44).

ren hätte. Daß er diesen Mangel gekannt haben, also in dolo gewesen sein müsse, könnte man aus dem in der l. 62 § 1 cit. und § 5 Inst. cit. vorkommenden Ausdruck deceptum esse, deciperetur schließen, und in der That hat ein neuerer Schriftsteller dies gethan [9]), allein, wie ich glaube, entschieden mit Unrecht. Wie bedenklich dieser Schluß ist, hat demselben nicht entgehen können, und macht er selber auf die bereits von Andern [10]) bemerkte Thatsache aufmerksam, daß decipi keineswegs nothwendig ein decipere von der andern Seite voraussetze, vielmehr häufig bloß im objectiven Sinn von dem auf irgend eine Weise hervorgerufenen Zustand des Getäuschtseins (ohne eine darauf gerichtete Absicht einer andern Person) gebraucht werde [11]). Bedenkt man nun, daß die übrigen obigen Stellen und unter ihnen eine, welche, wie es scheint, die Worte des Edicts selbst mittheilt, auch nicht die leiseste Andeutung auf einen dolus des Verkäufers enthalten, so wird die Wahl, ob man in sie diese Voraussetzung hineintragen oder umgekehrt mit Rücksicht auf sie den obigen Ausdruck im objectiven Sinn verstehen soll, schwerlich zweifelhaft sein können.

Der Umstand, der trotzdem jenen Schriftsteller abgehalten hat, sich für eine Ansicht zu erklären, der er das Prädikat der größeren Billigkeit selber nicht abzusprechen vermag, besteht in dem Grunde, „daß nur der dolus, dem die lata

---

9) F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I S. 122.

10) z. B. Savigny, Obl.-Recht II S. 292.

11) Außer den Citaten bei Savigny und Mommsen z. B. l. 18 de his qui (3. 2) l. 7 § 1 de exc. (44. 1) s. namentlich l. 1 § 2 de aed. ed. (21. 1) decepti . . etiamsi (venditor) ignoravit; im Schluß der Stelle wird falli in derselben Weise gebraucht . . fallatur ignorantia venditoris an calliditate, von capi ist es bekannt, und liefert der Titel de minoribus (4. 8) viele Belege, z. B. l. 7 § 7.

culpa gleichstehe, allgemein als causa obligationis anerkannt sei, die levis culpa aber nur bei Gelegenheit der act. legis Aquiliae als Obligationsgrund vorkomme" [12]). Hiergegen verdient jedoch ein Doppeltes bemerkt zu werden.

Erstens: die in manchen Stellen ausgesprochene Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus läßt sich nur auf contractliche Verhältnisse beziehen [13]). Wohin würde es führen, wenn Jemand in außercontractlichen Verhältnissen schlechthin, wie wegen dolus, auch wegen culpa lata in Anspruch genommen werden könnte! Eine unvorsichtige Aeußerung, die Mittheilung eines Gerüchts, einer falschen Nachricht, ein schlechter Rath, ein unbesonnenes Urtheil, die Empfehlung eines derselben nicht würdigen Dienstmädchens von Seiten der frühern Dienstherrschaft, die von einem Vorübergehenden gebetene Auskunft über den Weg, die Zeit u. s. w., kurz, alles und jedes würde bei vorhandener culpa lata trotz aller bona

---

12) A. a. O. S. 109, 116, 123, 136 Note 6.

13) Von den Stellen reden die l. 1 § 1 si mensor (11. 6) l. 32 Dep. (16. 3) l. 7 § 1 de susp. tut. (26. 10) l. 1 § 5 de O. et A (44. 7) ausdrücklich von contractlichen Verhältnissen und nur die l. 226 de V. S. (50. 26) ganz allgemein. Wie so manche Stellen dieses letztern Titels trotz ihrer scheinbaren Allgemeinheit auf specielle Verhältnisse zu beschränken sind, so auch diese. Die Frage verdiente eine nähere Untersuchung; meines Wissens ist sie bisher noch gar nicht eingehend behandelt. Glück, Comment. zu den Pandekten IV S. 534 (und nach ihm Andere, z. B. Schweppe, Das röm. Privatrecht B. V § 998) beschränkt sich unter Bezugnahme auf l. 7 § 10 de dolo (4. 3): nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari auf die Bemerkung, daß ein „deutlicher und überzeugender Beweis der betrügerischen Absicht des Beklagten erforderlich sei", will jedoch, wenn aus den Umständen eine grobe Nachlässigkeit hervorgeht, die dem Betruge nahe kommt, nach l. 33 ibid. eine act. in factum geben. Gelegentlich ist die Frage in jüngster Zeit berührt und im verneinenden Sinn beantwortet von L. Goldschmidt, Der Lucca-Pistoja-Actien-Streit. Frankf. 1859. S. 81.

des zum Ersatz des dadurch veranlaßten Schadens verpflichten, und die act. de dolo würde in einer solchen Ausdehnung zu einer wahren Geißel des Umgangs und Verkehrs werden, alle Unbefangenheit der Conversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick! Abgesehen von der in der Note 13 erwähnten allgemein redenden Stelle bietet das römische Recht auch nicht den Schein eines Grundes für eine solche Ansicht dar, im Gegentheil schließt es dieselbe dadurch aufs Bestimmteste aus, daß es die act. doli ausdrücklich auf die betrügerische Absicht stellt[14]). Mommsen hat demgemäß nur die Wahl, die Schadensersatzklage in unserm Fall entweder bloß bei dolus oder, wenn bei culpa, sie auch bei culpa levis zuzulassen.

Zweitens. Wenn man, wie Mommsen es thut, den Schadensersatzanspruch des Käufers nach Grundsätzen der außercontractlichen Verschuldung beurtheilen will, mit andern Worten in ihm nur eine act. de dolo erblickt, warum in aller Welt griffen die römischen Juristen hier zur Contractsklage, warum hielt es der Prätor für nöthig, in einem der obigen Fälle sogar eine eigene Klage dieserhalb zu gewähren? Die act. de dolo hätte ja vollkommen ausgereicht. Wenn man sich gleichwohl zur Gewährung der Contractsklage verstand, so muß letztere etwas bezweckt haben, was sich mit der act. doli nicht erreichen ließ, mit andern Worten die Abweichung von den Grundsätzen der außercontractlichen Verschuldung, welche Mommsen durch eine beschränkende Auslegung unserer Stellen glaubt zurückweisen zu müssen, muß gerade der Grund und Zweck unserer

14) l. 1 § 2 dolo (4. 3). Ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck, worin die im Text vertheidigte Ansicht zu Grunde gelegt ist, theilt Seuffert, Arch. für Entscheidungen IX Nr. 145 mit.

Klage gewesen sein. Worin diese Abweichung gelegen, und wie sie sich rechtfertige, ist hier noch nicht der Ort zu untersuchen.

Halten wir uns also an die Stellen, wie sie lauten: der Verkäufer, der eine nicht existirende Erbschaft oder eine res extra commercium verkauft hat, haftet schlechthin, d. h. ohne daß es auf sein Wissen ankommt. Ob man ihm aus seiner Unbekanntschaft mit dem Mangel der Sache den Vorwurf einer culpa machen könne, darüber äußern sich unsere Stellen nicht, diese Frage muß also vorläufig noch ausgesetzt bleiben.

4) Unbekanntschaft des Käufers mit dem Mangel. Dies Erforderniß wird von Modestin ausdrücklich („nesciens"), von den Institutionen mittelst der Worte „deceptum non esse" deutlich hervorgehoben, und würde sich übrigens nach allgemeinen Grundsätzen schon von selbst verstehen. Unsere Klage geht nämlich, wie unten gezeigt werden wird, darauf, daß der Verkäufer dem Käufer rücksichtlich derjenigen nachtheiligen Handlungen, zu denen der Glaube an die Gültigkeit des Contracts ihn veranlaßt hat, schadlos halte, sie cessirt mithin, wenn der Käufer den Mangel kennt, also weiß oder wissen muß, daß der Vertrag nichtig ist [15])

Daß der Fall des Wissenmüssens dem des Wissens gleichstehe, ist zwar hier nicht gesagt, allein die Analogie der ädilitischen Klage, bei der diese Gleichstellung ausdrücklich erwähnt wird (l. 14 § 10 cit. in Note 15), und bei der es

15) Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire l. 203 de R. J. l. 1 § 1 de act. emt. (19. 1) i. f. non videtur esse celatus qui scit. Ebenso cessirt die ädilitische Klage unter dieser Voraussetzung l. 14 § 10 de aed. ed. (21. 1) . . quae ignoravit aut ignorare potuit, und die Haftung dessen, qui liti se obtulit l. 45 de her. pet. (5. 3) . . quippe isto modo non est deceptus.

sich ja ebenfalls um Mängel der verkauften Sache handelt, wird uns hierüber schwerlich im Zweifel lassen.

5) Contractsklage auf Schadensersatz. Daß der Käufer seinen Anspruch mit der Contractsklage verfolgen könne, ist in zwei der Stellen ausdrücklich gesagt, und rücksichtlich der actio in factum wegen Verkaufs eines locus religiosus bemerkt Ulpian, um ihren Uebergang auf die Erben zu rechtfertigen, daß sie quasi ex emto actionem contineat, für die beiden andern Stellen werden wir also dasselbe annehmen dürfen. Warum aber die Contractsklage gegeben wird, und wie sich dies mit der Nichtigkeit des Contracts verträgt, ist eine Frage, die über den unmittelbaren Inhalt der Stellen hinausgeht, und die ich daher meinem Plan gemäß auf den folgenden Abschnitt verschiebe.

Was dagegen aus den Worten der Stellen sich unmittelbar entnehmen läßt, ist der praktische Inhalt der Klage, und diesen Punct will ich hier gleich vollständig erörtern, komme also in dem folgenden Abschnitt nicht wieder darauf zurück.

Worauf also ist der Anspruch unseres Käufers gerichtet? Daß er den gegebenen Kaufpreis zurückfordern kann, versteht sich nach Grundsätzen über die condictio sine causa von selbst [16]); dazu bedurfte es der act. emti nicht. So bleibt als Gegenstand der Klage nur das Interesse des Käufers, und drei der Stellen bedienen sich ausdrücklich des Ausdrucks: quod, (si quid) ejus interest. Besäßen wir bloß eine derselben, nämlich die l. 9 de her. vend.: et si quid emtoris interest, so könnte wegen der Unbestimmtheit dieser Worte

16) Rücksichtlich des Verkaufs einer nicht existirenden Erbschaft wird in l. 7 de her. vend. (18. 4) ausdrücklich auf die condictio verwiesen; s. außerdem l. 12 de R. Cr. (12. 1), l. 23 de cont. emt. (18. 1).

die richtige Auffassung dieses Interesses Schwierigkeiten machen, die beiden andern helfen uns darüber hinweg.

Das Interesse des Käufers läßt sich in unserm Verhältniß in doppelter Weise denken [17]): einmal nämlich als ein Interesse an der Aufrechthaltung des Contracts, also an der Erfüllung — hier würde der Käufer in einem Geldäquivalent alles erhalten, was er im Fall der Gültigkeit des Contracts gehabt haben würde — und sodann als ein Interesse am Nichtabschluß des Contracts — hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äußere Thatsache des Contractsabschlusses gar nicht vorgekommen wäre. Einige Beispiele werden diesen Unterschied, den ich der Kürze wegen mit positivem und negativem Vertragsinteresse bezeichnen will, klar machen. Wenn der Verkäufer die dem Käufer übersandte Sache wegen wesentlichen Irrthums zurückforderte, so würde das Interesse der Aufrechthaltung des Contracts, wenn nicht in mehr, jedenfalls in dem Ueberschuß des Werths der Sache über den Kaufpreis bestehen, das Interesse des Nichtabschlusses im Ersatz der Transportkosten; wenn der Bote aus Versehen 10 Kisten Cigarren statt $1/_{10}$ bestellt hat, so jenes in dem Gewinn, den der Verkäufer an 10 Kisten gemacht haben würde, dieses wiederum in dem Ersatz der Verpackungs- und Versendungskosten, möglicherweise könnte es auch völlig fehlen, so z. B. wenn der Bote sofort seinen Irrthum berichtigt hat.

Das Interesse der ersten Art hat die Gültigkeit, das der zweiten die Ungültigkeit des Contracts zur Grundlage. Nur insofern der Contract gültig, kann der Kläger die Ausführung desselben oder, was dasselbe, sein Interesse an

17) Auf diesen Gegensatz des Interesses hat bereits Mommsen a. a. O. I S. 107 aufmerksam gemacht.

der Erfüllung verlangen. Der Vorwurf, den er im zweiten Fall dem Beklagten macht, besteht nicht darin, daß der Contract ungültig ist — das hat nicht der Beklagte, sondern das Gesetz zu verantworten — sondern darin, daß der Beklagte, der den Ungültigkeitsgrund hätte wissen müssen, nichtsdestoweniger den Contract abgeschlossen und dadurch mittelbar den Kläger in Schaden gebracht hat. Processualisch ausgedrückt gehört also dort die Behauptung der Gültigkeit, also die der Ungültigkeit zum Klagegrunde und muß, insoweit nicht Präsumtionen eingreifen, vom Kläger bewiesen werden.

Daß dieser Gegensatz des Interesses dem römischen Recht auch abgesehen von unserm speciellen Verhältniß bekannt ist, zeigen, um sonstiger Beispiele zu geschweigen, namentlich die ädilitischen Klagen. Die act. redhibitoria ist auf negative[18]), die act. quanti minoris auf das positive Vertragsinteresse gerichtet.

Welche Art des Interesses die act. emti in unserm Fall zum Gegenstande hat, kann nach dem klaren Ausdruck der Stelle von Modestin und den Institutionen: quod ejus interfuit, ne deciperetur nicht zweifelhaft sein, und ich würde darüber kein Wort verlieren, wenn nicht die abweichende Ansicht zweier neuerer Schriftsteller mich dazu nöthigte. Burchardi[19]) meint, die Worte licet emtio non teneat in der Stelle von Modestin könnten den Sinn haben, daß „der Verkauf, obgleich er hier nicht die Verbindlichkeit erzeugen könne, die versprochene Sache selbst zu schaffen, doch aller-

18) l. 23 § 1 de aed. ed. (21. 1): ut nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset. Beispiele l. 31 pr. ibid.: quae propter servum damna sensit, l. 59 pr. ibid.: rerum ablatarum a servo aestimationem, nur kann der Verkäufer sich hier durch Preisgebung der Sache der Prästation des Interesses entziehen. Mommsen a. a. O. I S. 202 (dazu III S. 411), II S. 34, 35.

19) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 328.

dings den Verkäufer obligire, nämlich zur Leistung eines Aequivalents." Das hieße: in anderer Form dasselbe geben, was man in der einen versagte. Was ist denn die Leistung des Aequivalents anders, als eine Art der Erfüllung des Contracts — statt in natura in Geld? Um so weniger läßt sich diese Ansicht gerade für das römische Recht aufstellen, als nach Grundsätzen des römischen Processes der Antrag des Klägers stets auf Verurtheilung in Geld, nie auf die Sache selbst lautete. Welchen praktischen Unterschied hätte es denn gemacht, ob das Recht den Contract in unserm Fall für gültig oder für nichtig erklärt hätte? In beiden Fällen hätte der Kläger ganz dasselbe erhalten, und die angebliche Ungültigkeit wäre ein leeres Spiel mit Worten gewesen.

Der zweite Schriftsteller, Savigny[20]), der ebenfalls dem Käufer einen Anspruch auf „Entschädigung für das Recht, welches ihm nicht unmittelbar verschafft werden kann", zugestehen will, vermeidet zwar diesen Widerspruch, indem er consequenter Weise den Vertrag nicht für nichtig, sondern für gültig erklärt, allein er geräth dadurch in einen andern, der kaum minder bedenklich ist, nämlich in Widerspruch mit den Worten: licet emtio non teneat. Unmöglich konnte ein römischer Jurist sich dieser Worte bedienen, wenn er dem Käufer eine Klage auf das Erfüllungsinteresse gewähren wollte. Die Worte wären völlig nichtssagend, denn welche andere, als die angenommene Wirkung würde der Contract gehabt haben, wenn der Jurist den Contract für gültig erklärt hätte?

Demzufolge dürfte es sich als völlig feststehend bezeichnen lassen, daß der Käufer — oder sagen wir von jetzt an, wo wir uns nicht mehr auf den Fall der obigen Stellen be-

20) Obl.-Recht II S. 290.

schränken werden: der Kläger — nur das Interesse am Nichtabschluß des Contracts geltend machen, d. h. den Ersatz des Schadens verlangen kann, den der Abschluß des Contrakts (als äußere Thatsache genommen) ihm verursacht hat. Wir wollen dies Interesse etwas genauer betrachten.

Die nachtheiligen Folgen des Contracts für den Kläger können theils in unmittelbarer Beschädigung durch die Sache, theils in Handlungen bestehen, zu denen ihm der Glaube an die Existenz desselben Veranlassung gegeben hat. Der erste Fall ist ohne sonderliches Interesse, einmal weil Fälle der Art sehr selten sein werden, und sodann weil bei ihnen abgesehen von der stets statthaften Retention der Schaden anstiftenden Sache regelmäßig die act. legis Aquiliae Statt finden würde. Es lassen sich jedoch Fälle denken, wo man sich zu letzterer schwerlich verstehen dürfte. Es sind in der Note 18 Stellen mitgetheilt, denen zufolge die act. redhibitoria auch auf Ersatz des durch den verkauften Sklaven angestifteten Schadens gerichtet werden kann. Setzen wir statt des Sklaven ein mit einer ansteckenden Krankheit behaftetes Stück Vieh, welches das des Käufers ansteckt, so würde man bei Unbekanntschaft des Verkäufers mit dem Fehler eine act. legis Aquiliae gegen ihn nicht gewähren können, andererseits aber, wenn der Vertrag wegen eines dem Verkäufer zur Last fallenden Irrthums im Object nichtig wäre, die act. redhibitoria auf Ersatz der verursachten Kurkosten nur auf unsern Rechtssatz stützen können [21]).

21) Die l. 13 pr. § 1—3 de act. emt. (19. 1) scheint auch bei Gültigkeit des Contracts den Schadensersatzspruch von dem Wissen des Verkäufers abhängig zu machen. Allein sie spricht von der act. emti („in condemnatione ex emto"), welche in dieser Beziehung unter andern Grundsätzen stand, als die act. redhibitoria. Denn während letztere den Verkäufer schlechthin verantwortlich macht (l. 1 § 2

Die nachtheiligen Wirkungen der **Handlungen**, zu denen der Contract den Kläger veranlaßt hat, können in positivem Verlust oder entgangenem Gewinn bestehen. Zu jenem gehören die Unkosten, die der Kläger in Folge der Abschließung oder Ausführung des Contracts aufgewandt hat[22]), also die Stempel-, Notariats-, Termins-Gebühren bei solenner Ausnahme des Contracts; die Verpackungs-, Versendungs-, Abladungskosten, Steuer, üblichen Trinkgelder u. s. w.; die Verwendungen, die der Käufer auf die Sache, der Vermiether oder Miether (je nach Verschiedenheit des Falls) auf die vermiethete Wohnung, die Auslagen, welche der Mandatar zum Zweck der Ausführung des Mandats gemacht hat; die von dem Kläger, der die später vom Verkäufer wegen Irrthums im Object vom dritten Besitzer vindicirte Sache weiter verkauft hatte, seinem **Käufer** gewährte Evictionsleistung u. s. w. [23]).

Der Abschluß des vermeintlichen Contracts kann für den Kläger aber auch das Entgehen eines **Gewinns** zur Folge

de aed. ed 21. 1 vergl. mit den Stellen in Note 18), verpflichtet erstere ihn nur unter Voraussetzung des Wissens oder der ausdrücklichen Zusage der Abwesenheit der Fehler.

22) Alle diese Kosten umfaßt die l. 8 cit. (18. 4) mit den Wörten: si quid in eam rem (d. h. für diesem Zweck) impensum est; daß das Interesse sich hierauf aber nicht beschränkt, lehrt die l. 9.

23) Unser Anspruch kann also die Gestalt einer Evictionsleistung annehmen, immer aber bleibt hier der Gesichtspunkt des Interesses des Nichtabschlusses des Contracts der maßgebende, worauf ich unten (III, 2) passende Gelegenheit haben werde zurückzukommen. Ob die Nichtigkeit des Contracts vonvornherein entdeckt wird, und letzterer gar nicht zur Ausführung kommt, oder erst späterhin, nachdem derselbe von beiden Seiten ausgeführt ist, und es in Folge dessen zu einer eigentlichen Eviction kommt, ist ein bloßer Unterschied der **factischen** Gestalltung des Falls; in dem einen Falle hat der nichtige Contract seine nachtheilige Wirksamkeit nur längere Zeit ausgeübt, als im andern, die Wirksamkeit selbst aber ist dieselbe.

gehabt haben, sei es, daß er eine andere Gelegenheit zum Abschluß desselben von der Hand gewiesen oder nur unterlassen hat, sich bei Zeiten nach einer solchen umzusehen. Der Kutscher, der irrthümlich auf einen andern, als den beabsichtigten Tag bestellt ist, der Gastwirth, bei dem statt bei einem andern durch Versehen in der Adresse Zimmer bestellt sind, haben durch dieses Versehen keinerlei positiven Schaden gehabt, allein, wenn beide in Folge dieser Bestellung eine sich ihnen darbietende andere Gelegenheit zur Verwerthung ihres Fuhrwerks oder ihrer Zimmer abgelehnt haben, so steht dies für beide dem Verlust am baaren Gelde völlig gleich. Ohne eine solche Gelegenheit würde das Versehen freilich für sie keine nachtheiligen Folgen gehabt haben.

Das negative Interesse kann unter Umständen die Höhe des positiven erreichen. In den beiden letzten Fällen erhalten die Kläger ganz dasselbe, was sie im Fall der Ausführung des Vertrags hätten fordern dürfen, aber, wie aus dem Bisherigen hervorgeht, aus einem ganz andern Grunde. Dasselbe ist auch rücksichtlich des positiven Schadens möglich, wofür der oben S. 6 mitgetheilte Telegraphen-Fall ein anschauliches Beispiel gibt. Der Mandatar fordert hier (wenn wir von seinem Anspruch auf Provision absehen, der übrigens unter Umständen, nämlich wenn die Ausführung des Mandats mit einem Aufwand von Zeit und Mühe verbunden war, ebenfalls begründet sein kann) — er fordert hier nicht mehr und nicht weniger, als er im Fall der vollständigen Gültigkeit zu beanspruchen gehabt hätte. Demzufolge könnte es scheinen, als ob auch der Kaufmann, der die fälschlich statt der $^1/_{10}$ bestellten 10 Kisten Cigarren abgesandt und später zurückgeschickt erhalten hat, den entgangenen Gewinn beanspruchen dürfte, vorausgesetzt daß er nach seinen Absatzverhältnissen dieses Quantum sicher hätte

verkaufen können. Allein war dies damals, so ist es auch jetzt noch möglich, mit andern Worten, der Gewinn ist ihm nicht entzogen, sondern nur vertagt, er kann ihn nachholen, während der Gastwirth und Kutscher dies nicht mehr vermögen. Allerdings aber können sich auch bei dem Kaufmann die Verhältnisse so gestalten, wenigstens bei gewissen Handelsartikeln, daß die durch die Ausführung des Scheincontracts und den Streit über das Zurücknehmen u. s. w. bewirkte Versäumniß geradezu die Möglichkeit des anderweitigen Verkaufs ohne Verlust entzieht (ut opportunitatem emtoris, cui venum dari potuit, perimeret, wie l. 33 de dolo 4. 3 es ausdrückt), so z. B. bei Modegegenständen, die inzwischen aus der Mode gekommen, Seefischen, die verdorben sind, Büchern, von denen inzwischen eine zweite Auflage erschienen ist, Lotterieloosen, wenn seitdem die Ziehung Statt gefunden hat u. a. m.

Daß die Interessenforderung des Klägers, wie sie sich einerseits bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses erheben, so andererseits auf Nichts reduciren kann, bedarf nicht erst der Bemerkung. Wenn der Bote, nachdem er aus dem Laden gegangen, entdeckt, daß er den Auftrag falsch ausgerichtet, und seinen Irrthum sofort berichtigt, wenn bei Vertragsabschluß unter Abwesenden der Widerrufsbrief oder die Berichtigung des Schreibfehlers beim Adressaten eintrifft, bevor derselbe mit Ausführung der Bestellung begonnen, so hat der Scheincontract überall noch keine äußern und objectiven Folgen gehabt; für die subjectiven und innern, d. h. die Unannehmlichkeit der Enttäuschung gewährt aber das Recht bekanntlich keinen Ersatz.

II.

Begründung der Theorie der culpa in contrahendo.

Die bisherige Ausführung hat im Anschluß an die Quellen die wesentlichen Momente, von denen unser Ersatzanspruch abhängt, darzulegen versucht, allein eine Einsicht in die juristische Natur desselben ist damit noch keineswegs gewonnen, und doch ist ein bestimmtes Urtheil über dieselbe nicht bloß vom Standpunkt des theoretischen Interesses aus, sondern auch zum Zweck der detaillirteren dogmatischen Behandlung des Verhältnisses unerläßlich. Die Quellen selbst geben uns, wie bemerkt, über diese Frage keinen directen Aufschluß, aber meiner Ansicht nach reichen die Anhaltspunkte, welche sie gewähren, vollkommen aus, um dieselbe zu beantworten.

Setzen wir einmal den Fall — und in der That liegt uns derselbe ja in der speciellen act. in factum (S. 9) wirklich vor — das positive Recht hätte sich lediglich darauf beschränkt, für einzelne besonders wichtige Anwendungsfälle unsers Princips, z. B. den des Schreibfehlers, des Widerrufs der Offerte unter Abwesenden die Schadensersatzverbindlichkeit anzuerkennen, ohne über die juristische Natur derselben irgend etwas hinzuzufügen; wie würden wir dieselbe juristisch zu construiren haben?

Der Umstand, daß der Contract juristisch gar nicht zu Stande gekommen, würde uns, wie es scheint, mit Nothwendigkeit auf das Gebiet der außercontractlichen Beschädigung verweisen, und insofern wir die Klage nicht als eine juristische Irregularität völlig isolirt und unerklärt da stehen

lassen wollten [24]), würden wir nur die Wahl haben, sie an die act. de dolo oder an die act. legis Aquiliae anzuschließen. Gegen beide Klagen erheben sich die gewichtigsten Bedenken. Beide nämlich ließen sich für diesen Zweck nur dann verwenden, wenn man bei der act. doli über das Moment des dolus, bei der act. leg. Aquiliae über das der eigenthümlichen Art der Beschädigung hinwegsähe. Man würde dadurch eine Klage bekommen, welche die Mitte zwischen ihnen beiden hielte, von der letztern die culpa, von der erstern die Gleichgültigkeit der Form der Beschädigung entlehnte oder mit andern Worten den Rechtssatz, daß die außercontractliche culpa schlechthin eine Verpflichtung zum Schadensersatz begründe. Wohin ein solcher Rechtssatz führen würde, ist S. 12 bereits gezeigt. Die Beschränkung der verpflichtenden Wirkung der culpa auf die Form der aquilischen, d. h. der sichtbaren, materiellen Beschädigung äußerer Gegenstände (Sachen oder Personen) ist in der That keine positive Bestimmung des römischen Rechts, sondern eine in der Natur der Dinge gegründete, und eben aus diesem Grunde haben die römischen Juristen, trotz aller Freiheit, die sie sich bei Ausdehnung der aquilischen Klage erlaubten, doch diese Gränze stets innegehalten. Daß es jenseits derselben noch

24) Ich weiß nicht, ob ich Thöl Unrecht thue, wenn ich diese Bezeichnung auf die Klagen anwende, die er (Handelsrecht I § 57 Aufl. 3 S. 242) bei Widerruf der Offerte dem dadurch beeinträchtigten Oblaten (man verstatte mir diesen nach dem Muster von Delaten gebildeten Ausdruck) gewähren will. Thöl fügt kein Merkmal zur Charakterisirung derselben hinzu, denn der von ihm angegebene Grund: „zu dieser Voraussetzung (daß nämlich der Offerent bei dem Anerbieten verbleiben würde) hat er nach Treu und Glauben ein Recht" läßt die Natur dieses Rechts, sowie die Natur des aus seiner Verletzung hervorgehenden Ersatzanspruches völlig unbestimmt. Soll die act. de dolo gemeint sein?

andere Fälle der Schadenszufügung gebe, daran wurden sie täglich durch die act. doli erinnert, und wenn sie trotzdem die Ersatzpflicht für Fälle dieser Art auf die Voraussetzung des dolus beschränkten, so lehrt dies deutlich, daß sie das nothwendige Abhängigkeitsverhältniß, welches zwischen der culpa und der beschränkten Form der Beschädigung einerseits und der unbeschränkten Form der Beschädigung und dem dolus andererseits Statt findet, richtig erkannten. Diese Unbegränztheit besteht bei der act. doli in zweierlei: erstens nämlich tritt hier an die Stelle des bei dem damnum injuria datum erforderlichen äußern einzelnen Objects der generelle und abstracte Begriff des Vermögens — letzteres kann verringert sein, ohne daß irgend ein äußerer Bestandtheil desselben dadurch betroffen wäre, so z. B. wenn Jemand durch den dolus des Andern zur Uebernahme einer nachtheiligen Bürgschaft veranlaßt worden ist — und sodann an die Stelle der mechanischen, äußerlichen, sichtbaren, unmittelbaren Form der nachtheiligen Einwirkung eine mittelbare, äußerlich nicht als solche erkennbare. Ein in doloser Absicht ertheilter schlechter Rath, falsche Nachricht, Empfehlung u. s. w. geben sich äußerlich durchaus nicht als Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zu erkennen, sie sind nicht an sich ein Unrecht und bewirken auch nicht schon an sich einen Schaden, vielmehr gewinnen sie diesen Charakter und diesen Einfluß erst durch die Art ihrer Beziehung zum Willen der beiden Theile, zu dem des Beklagten: den Charakter des Unrechts durch die Schlechtigkeit seiner Willensrichtung, zu dem des Klägers: den nachtheiligen Einfluß durch die mittelst ihrer hervorgerufenen Willensbestimmung. Ist es nun dem Bisherigen nach geradezu unmöglich, unsern Schadensersatzanspruch an die genannten beiden Fälle außercontractlicher Beschädigung anzubahnen — und andere Fälle bieten sich nicht

bar —, so bleibt nichts übrig, als den Gedanken des außercontractlichen Charakters der demselben zu Grunde liegenden Verschuldung gänzlich aufzugeben, und entweder jenen Anspruch als völlig unconstruirbar anzuerkennen oder aber zu versuchen, ob er sich nicht trotz der Richtigkeit des Contracts auf den Gesichtspunct contractlicher Verschuldung zurückführen lasse. Und in der That werden wir uns nicht verhehlen können, daß derselbe eine entschiedene Richtung nach dieser Seite hin hat. Zunächst nämlich vermöge seiner äußern Veranlassung. Es ist der intendirte und äußerlich oder scheinbar vollzogene Abschluß eines Contracts, der sich in allen Anwendungsfällen desselben wiederholt, und der uns schon von vornherein auf die Vermuthung führen muß, daß in der Verbindung, in der hier die Verschuldung mit dem Contractsverhältniß auftritt, die eigenthümliche Natur unsers Ersatzanspruches beschlossen liege. Es ist doch im höchsten Grade auffällig, daß über diesen ganz scharf abgegränzten Kreis hinaus der Gedanke, der culpa eine schlechthin verpflichtende Kraft beizulegen, sich eben so sehr als eine Unmöglichkeit, als innerhalb desselben als eine durch die Anforderungen der Gerechtigkeit gebotene Nothwendigkeit erweist (S. 2—7).

Jene Verbindung zwischen der culpa und dem Contractsverhältniß könnte denkbarer Weise eine rein äußerliche, d. h. die culpa selbst eine außercontractliche sein, welche nur in der äußeren Contractsabschließung die factische Möglichkeit ihrer Bethätigung fände, ohne aber in ihrer juristischen Natur durch diese ihre Verbindung mit dem Contract im mindesten beeinflußt zu sein. Allein die Verbindung ist in der That eine innerliche, die culpa, welche hier auftritt, ganz derselben Art, wie wir sie sonst nur in contractlichen Verhältnissen kennen. Es würde gar keine Schwierigkeiten ha-

ben, für alle Fälle unserer culpa (s. unten III.) analoge Entscheidungen unserer Quellen beizubringen, aber alle nur in Beziehung auf Contractsverhältnisse, keine einzige für aussercontractliche Verhältnisse. So lassen sich z. B. für die Verpflichtung des Mandanten, den Mandatar im Fall des durch seinen Tod oder Widerruf nicht perfect gewordenen, aber in gutem Glauben von letzterem ausgeführten Mandats zu entschädigen, die Stellen in Bezug nehmen, welche diese Verpflichtung für den Fall des perfect gewordenen, aber durch jene Umstände beendeten Mandats aussprechen[25]); für die Verpflichtung im Fall der telegraphischen Depesche (S. 6) die l. 29 § 1, 2 mand. 17. 1; für die Verpflichtung, bei Rücknahme einer Offerte oder öffentlichen Auslobung den Schaden zu ersetzen, die l. 5 p. de cond. caus. d. (12. 4). Fassen

25) l. 26 pr. § 1 Mand. (17. 1) .. nam mandatum solvitur morte; si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. l. 58 pr. ibid. Wenn Richelmann a. a. O. S. 138 sich dieser Stellen zu dem Zwecke bedient, um mittelst derselben zu erweisen, „daß es den Römern nicht als etwas Abnormes erschienen sei, aus einer ihrer Hauptwirkung nach nichtigen Klage eine Entschädigung zuzulassen, indem es keinen Unterschied mache, ob von Anfang an Nichtigkeit vorhanden gewesen oder erst nachher", so kann ich dies nicht billigen. Denn es ist ein anderes Ding, aus einem gar nicht perfect gewordenen Mandate eine Klage geben, ein anderes, die obligatorische Kraft des einmal bestehenden Mandatsverhältnisses fortdauern zu lassen, nachdem ein Ereigniß eingetreten, welches die Repräsentationsqualität des Mandatars aufgehoben; das „mandatum solvi" bezieht sich nur auf ersteres, nicht auf letzteres. Aus demselben Grunde habe ich auch die Unterstützung, die ein Fachgenosse meiner Theorie mit der im Text citirten l. 5 pr. de cond. c. d. (12. 4) glaubte gewähren zu können, zurückweisen müssen. Diese Stelle handelt allerdings vom negativen Vertragsinteresse und legt der einen Partei die Verpflichtung auf, die durch ihren Widerruf der andern Partei vereitelten Kosten zu ersetzen, allein der Vertrag war hier bereits perfect geworden und ward nur hinterher wieder aufgelöst.

wir speciell unsern obigen Fall des Schreibfehlers ins Auge, so wird Niemand darüber in Zweifel sein, weder darüber, daß ein Schreibfehler in außercontractlichen Verhältnissen nicht verpflichte, obgleich er hier ebensowohl wie in contractlichen Verhältnissen den größten Schaden anstiften kann, noch darüber, daß er in einem bestehenden contractlichen Verhältniß zum Schadensersatz verpflichte. Soll derselbe bei einem entstehenden Contractsverhältnisse dieselbe Wirkung äußern, so heißt das nichts anderes, als wir unterstellen ihn den Grundsätzen über contractliche Haftung. Ebenso der wesentliche Irrthum, die schlechte Wahl des Boten u. s. w. — in außercontractlichen Verhältnissen sind sie ohne alle Bedeutung, in contractlichen verpflichten sie zum Schadensersatz.

Ein sicheres Kriterium der contractlichen culpa ist nach römischem Recht der Uebergang der Verpflichtung auf die Erben; wo der Uebergang fehlt, ist die culpa eine außercontractliche, wo er vorhanden, eine contractliche. Daß man bei unserer Schadensersatzklage den Uebergang zulassen mußte, bedarf wohl keiner Bemerkung. Damit war aber mittelbar entschieden, daß es sich hier um einen contractartigen Anspruch handle[26].

Was nun im Bisherigen aus Gründen der juristischen Construction als nothwendig nachzuweisen versucht ist, findet von Seiten der römischen Jurisprudenz seine volle Bestätigung darin, daß sie zum Zwecke des Schadensersatzes die Contractsklage (act. emti) gewährt. Der Name der Klage ist im Munde der römischen Juristen bekanntlich nicht ein bloßer Name oder etwas bloß processualisch Bedeutungsvolles,

26) Ulpian hebt in der l. 8 § 1 de relig. (11. 7) diesen Zusammenhang der Transmission der Klage mit ihrer Contractsnatur ausdrücklich hervor: in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat.

sondern der Ausdruck der materiell-rechtlichen Natur des unterliegenden Verhältnisses. Die actio emti in unserm Fall in die Sprache des materiellen Rechts übersetzt bedeutet also soviel, als: der Anspruch auf Schadensersatz stützt sich auf eine contractliche Verbindlichkeit.

Wie ist dies aber möglich, da ja der Contract selbst nichtig ist? Bedeutete die „Nichtigkeit“ oder „nullam esse emptionem“ so viel als gänzliche Wirkungslosigkeit des Vertages, so würde eine act. emti aus einem solchen Vertrage ein Unding sein. Die Gewährung der act. emti ist ein sicherer Beweis dafür, daß der Vertrag gewisse Wirkungen hervorgebracht hat, der Ausdruck Nichtigkeit kann also, wenn er passend gebraucht sein soll, nur einen beschränkten Sinn haben, nicht die Abwesenheit sämmtlicher, sondern nur bestimmter Wirkungen prädiciren. Der Zweck eines jeden Vertrages ist Erfüllung, die beabsichtigte Wirkung besteht mithin in der Hervorbringung einer Verbindlichkeit auf Erfüllung. Ist nun diese Wirkung wegen Mangels irgend eines nothwendigen Erfordernisses ausgeschlossen, der eigentliche Zweck des Vertrags also vereitelt, so nennen wir ihn nichtig, wir bestimmen demnach die Begriffe der Gültigkeit und Nichtigkeit des Contracts nach dem praktischen Hauptzweck des Vertrages. Allein damit verträgt sich sehr wohl, daß der Vertrag Verbindlichkeiten anderer Art hervorbringen kann, insofern dieselben nur nicht auf Erfüllung gerichtet sind, so z. B. auf Rückgabe der gegebenen Sache, Arrha, auf Schadensersatz [27]). Die Eigenschaft der Sache als einer res extra

27) So erklärt es sich, wie in Fällen, wo die meisten römischen Juristen von einer Nichtigkeit des Contracts reden, andere von dem Vorhandensein eines Contracts sprechen konnten, s. z. B. l. 4. 70 de cont. emt. (18. 1) und andere in Note 63. Jene haben die Hauptwirkung, diese die accessorische im Auge. Auf die Stellen komme ich unten (III) zurück.

commercium schließt die Möglichkeit der Erfüllung mit Nothwendigkeit aus, nicht aber die einer sonstigen aus diesem Vertrage sich ergebenden Verpflichtung. Die Parteien haben consentirt, alle übrigen Voraussetzungen des Vertrages mit Ausnahme der Fähigkeit des Objects sind vorhanden, warum also sollte derselbe nicht eine Verpflichtung unter ihnen hervorbringen können, insoweit letztere nicht die Leistung des Gegenstandes selbst zum Zweck hat?

Dem alten römischen Rechte mag diese Beobachtung zu fein und künstlich gewesen sein, jedenfalls ist mir kein Fall bekannt, wo es diese Behandlungsweise zur Anwendung gebracht hätte, allein daß das neuere Recht sich zu derselben aufgeschwungen hat, dafür gibt es wenigstens zwei unzweifelhafte Belege. Einmal die Gestattung der act. venditi aus einem unter einer Resolutivbedingung abgeschlossenen Kaufcontract nach Eintritt der Bedingung. Juristisch liegt die Sache hier bekanntlich so, als ob der Vertrag nie abgeschlossen worden wäre, der Fall steht dem des von Anfang an nichtigen Contracts vollkommen gleich. Allein wenn auch die Hauptwirkung des Vertrages ausgeschlossen ist, so sind es darum nicht die Nebenwirkungen, er kann Folgen hervorgebracht haben, die sich in angemessener Weise nur auf dem obligatorischen Wege beseitigen lassen, und das neuere Recht verstattet daher aus gutem Grunde hier die Contractsklage [28]).

---

28) l. 6 § 1 de contr. emt. (18. 1), l. 16 de in diem (18. 2), l. 4 pr. de leg. comm. (18. 3), l. 6 de est vend. (18. 5). Ob man auch den Fall hierher rechnen soll, wenn der Vertrag zwar von Anfang an gültig geschlossen, der Hauptzweck desselben aber später hinweggefallen, sei es durch Einfluß des Zufalls (l. 33 Loc. 19. 2 si fundus publicatus, tenearis ex emto, ut pretium restituas) oder durch vertragsmäßige Aufhebung des Contracts (l. 11 § 6 de act. emt. 19. 1, l. 2. Cod. de pact. int. 4. 54), darüber kann man streiten. Die Contractsklage ist auch hier auf etwas anderes, als auf Erfüllung gerichtet.

Der zweite Fall ist der unsrige[29]). Es dürfte nicht ungeeignet sein, seine Betrachtung durch eine interessante Parallele, die er auf dem Gebiete des Sachenrechts findet, einzuleiten. Dieselbe Erscheinung, die er rücksichtlich der Contractklage, repräsentirt letztere rücksichtlich der dinglichen Klage. Sowie die act. emti regelmäßig die Gültigkeit des Contracts erfordert, so die reivindicatio den Besitz in der Person des Beklagten. In zwei Fällen ist letztere bekanntlich von diesem Erforderniß entbunden: si dolo quis desiit possidere und si liti se obtulit, und hier nimmt sie ganz dieselbe Natur an, welche die act. emti in unserem Falle hat: die einer Schadensersatzklage[30]). Wie in unserm Falle der Kläger dem Beklagten gerade aus dem Nichtvorhandensein der Erfordernisse des Contracts einen Vorwurf macht, so auch hier, nur mit dem in der Verschiedenheit des contractlichen und außercontractlichen Verhältnisses begründeten Unterschied, daß dieser Vorwurf hier durch dolus bedingt ist. Die Aehnlichkeit in der Function beider Klagen ist namentlich in dem Fall si quis liti se obtulit eine ganz schlagende. Hier wie dort ist der Kläger dadurch

29) An sonstigen analogen Erscheinungen fehlt es im römischen Rechte nicht. Die act. emti im Fall der Nichtigkeit des Contracts ist nicht mehr und nicht weniger, als die act. mandati contraria in einem Fall, wo die directa wegen Mangels an Interesse in der Person des Mandanten undenkbar ist, nämlich beim mandatum qualificatum, oder die act. communi dividundo, auf Ersatz der Auslagen nach Verlust des Miteigenthums (l. 6 § 1, l. 11, l. 14 § 1 Comm. div. (10. 3), m. a. W. alle diese erst dem spätern Rechte angehörigen Fälle repräsentiren uns die Klage in ihrer Richtung auf sekundäre Zwecke unter Umständen, wo das Verhältniß selbst nach seinem Hauptzweck nicht zu Recht besteht.

30) In dem zweiten der beiden Fälle ging die Klage nach früherem Recht (l. 45 de her. pet. (5. 3), l. 39 de dolo (4. 3) bloß auf Schadensersatz, nach neuerem (l. 25—27 pr. de reiv. 6. 1) auch auf Strafe, in dem ersten Fall gewährt sie bald dies bald jenes l. 95 § 9 de solut. (46. 3).

in Schaden gekommen, daß er durch Schuld des Beklagten zur fälschlichen Annahme des der Klage zu Grunde liegenden Verhältnisses und dadurch zu nachtheiligen Handlungen veranlaßt worden ist[31]).

Die bisherige Betrachtung hat uns gezeigt, daß die act. emti in ihrer Function als Schadensersatzklage bei Nichtigkeit des Contracts weder eine isolirt dastehende, noch eine unerklärliche Erscheinung ist, vielmehr, ihres seltsamen Gewandes entkleidet, nichts als den einfachen Satz enthält: der Abschluß eines Contracts erzeugt nicht bloß eine Verpflichtung auf Erfüllung, sondern, wenn diese Wirkung wegen irgend eines rechtlichen Hindernisses ausgeschlossen ist, unter Umständen eine Verpflichtung zum Schadensersatz; der Ausdruck „Nichtigkeit" des Contracts bezeichnet nach römischer und heutiger Sprachweise nur die Abwesenheit jener Wirkung, nicht die aller Wirkungen überhaupt.

Ist damit nun zwar die juristische Möglichkeit der contractlichen Schadensersatzklage nachgewiesen, so bedarf doch letztere noch nach manchen Seiten hin der nähern Erläuterung und Bestimmung. Vor allem sind es zwei Fragen, welche der Beantwortung bedürfen: die, nach ihrem Grunde und nach ihrem Umfange. Worauf beruht sie? Beruht sie blos auf einer willkürlichen gesetzlichen Bestimmung, oder läßt sie sich aus der Natur und dem innern Bedürfnisse des Contractsverhältnisses ableiten? Und sodann ist sie beschränkt auf die beiden Fälle der Quellen, oder ist sie auf andere ähnliche Fälle, z. B. Nichtigkeit des Contracts wegen Unfähigkeit der Person, wegen Irrthums u. s. w., auszudehnen?

31) Die eine der in der vorigen Note citirten Stellen, die l. 45 de her. pet., gebraucht geradezu dieselben Worte, wie Modestin und die Institutionen (S. 9) für unsere Klage: quanti ejus interfuit non decipi.

Was ist also der Grund oder das legislative Motiv unserer Klage? Man könnte auf die Idee kommen, sie mit dem Schutz in Verbindung zu bringen, welchen das Recht dem bonae fidei possessor gewährt. Wie letzterer putativer Eigenthümer, so ist der Käufer in unserm Verhältniß putativer Contrahent. Bei beiden stellt sich ein in der Person ihres Autors vorhandenes Hinderniß der Entstehung des Rechts entgegen, aber beide wissen nicht um dieses Hinderniß, haben also den Glauben an die Existenz dieses Rechts. So wie nun das Recht in so manchen Verhältnissen[32]) an diesen putativen Bestand desselben die oder wenigstens gewisse Wirkungen des objectiv bestehenden Verhältnisses geknüpft hat, so könnte man auch in unserer Klage nur einen Ausfluß dieses allgemeinen Gedankens des Schutzes putativer Verhältnisse erblicken. Daß das Gebiet des Obligationenrechts diesem Gedanken nicht unzugänglich ist, lehrt einmal die actio protutelae oder die Klage gegen den putativen Vormund und sodann die putative Zahlung, d. h. die liberirende Kraft, welche unter gewissen Voraussetzungen einer an den putativen statt an den wirklichen Gläubiger geleisteten Zahlung beigelegt ist[33]). Gleichwohl müssen wir jene Idee entschieden zurückweisen. Denn die actio emti unseres putativen Käufers ist nicht der des wirklichen nachgebildet — sie würde es sein, wenn die S. 17 u. 18 bekämpften Ideen der dort genannten Schriftsteller richtig wären — sondern es ist eine von derselben völlig verschiedene Schadensersatzklage, und sodann konnte der Gesetzgeber unmöglich den bloßen guten Glauben des Käufers

32) Eigenthum, putativer Usucapionstitel, jura in re aliena, putative Ehe, liber bona fide serviens, putative Fähigkeit des zugezogenen Solennitätszeugen (l. 1. Cod. de test. 6. 23), der Beamten (3 de off. Praet. 1. 14) u. s. w.

33) l. 32; l. 34 § 3, l. 51 de solut. (46. 3) u. a.

zum Grunde nehmen, um dem Verkäufer, der ja nicht minder im guten Glauben sein kann, die Verpflichtung zum Schadensersatz aufzubürden. Die Maßregel läßt sich nur rechtfertigen, wenn zugleich ein Moment in der Person des Verkäufers sie motivirt. Auf Kosten Dritter wird der bonae fidei possessor nie geschützt, und bei bonae fidei possessio auf beiden Seiten geht der Beklagte vor.

Das legislative Motiv unserer Klage kann also nicht, wie es zufolge jener Idee geschehen müßte, in der bona fides des Käufers gesucht, die Klage mit der des wirklichen Käufers überhaupt gar nicht in Parallele gebracht werden. Wir müssen vielmehr uns daran halten, daß sie eine Schadensersatzklage ist, und demgemäß versuchen, ob dieser Gesichtspunkt uns das Verständniß derselben zu erschließen vermag. Die regelmäßige Voraussetzung der Verpflichtung zum Schadensersatz auf Seiten des Beklagten ist die Verschuldung. Gelingt es uns, bei unserer Klage letztere nachzuweisen, so ist damit die Frage nach dem Grunde unserer Klage gelöst.

Wenn das Gesetz den Verkäufer in den beiden uns bekannten Fällen zur Leistung des Schadensersatzes verpflichtet, so macht es ihm damit den Vorwurf: Du hättest den Vertrag gar nicht abschließen sollen, denn Du hättest das Hinderniß desselben kennen müssen, durch Deine Unkenntniß ist der Gegner in Schaden gekommen. Nun läßt sich allerdings nicht verkennen, daß die Verhältnisse unter Umständen von der Art sein können, daß ihm dieses Hinderniß bei dem besten Willen verborgen bleiben durfte, so z. B. wenn der Verkauf eine legirte, außerhalb belegene und ihm nie zu Gesicht bekommene Sache betraf. Daß der Verkäufer auch in einem solchen Fall haften muß, ist nicht nur nach Maßgabe der Quellenäußerungen unzweifelhaft, sondern entspricht auch durchaus der Billigkeit. Denn wenn es sich einmal darum handelt, ob er oder der

Käufer unter den Folgen seiner Unkenntniß leiden soll, so kann doch die Wahl nicht zweifelhaft sein. Allein darf man hier von einer culpa auf seiner Seite reden?

Ich zweifle nicht daran, daß ich mich, wenn ich diese Frage bejahe, auf Widerspruch gefaßt machen muß und weiß nicht, ob es mir gelingen wird, denselben zum Schweigen zu bringen, gleichwohl bin ich persönlich fest überzeugt, daß ein römischer Jurist keinen Anstand genommen haben würde, die Unkenntniß des Verkäufers schlechthin — ohne Rücksicht auf individuelle Umstände — als culpa zu bezeichnen.

Dieselbe Frage: ob das Nichtwissen schlechthin dem Verkäufer zur Last gelegt werden könne, wirft sich auch für die ädilitischen Klagen rücksichtlich der heimlichen Fehler und Mängel auf. Das Edict machte den Verkäufer bekannlich schlechthin für letztere verantwortlich, ohne auf sein Wissen oder Nichtwissen Rücksicht zu nehmen. Diese Bestimmung sucht nun Ulpian in der l. 1 §. 2 de aed. ed. (21. 1) damit zu rechtfertigen, daß der Verkäufer die Fehler hätte kennen sollen, und daß es dem Käufer gleich gelten könne, ob er durch Unwissenheit oder Verschlagenheit des Verkäufers in Schaden komme[34]). Er rechnet also dem Verkäufer die Unbekanntschaft mit dem Fehler schlechthin zur Last an, obgleich es ihm doch nicht entgehen konnte, daß dieselbe unter Umständen ebenso entschuldigbar ist, wie im obigen Fall. Derselben Argumentation bedient er sich für die act. emti, wenn Abwesenheit der Fehler versprochen worden war:

---

34) etiamsi ignoravit ... tamen teneri debere; Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate. Schulting, Not. 1 ad Dig. ad h. l. verweist auf Cicero de offic. III. 17: qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto Aedilium.

l. 13 § 3 de act. emti (19. 1) . . et putem teneri. Atquin ignoravit. Sed non debuit facile, quae ignorabat, asseverare. Inter hunc igitur et qui scit interest: qui scit, praemonere debuit furem esse; hic non debuit esse facilis ad temerariam indicationem.

Das Nichtwissen des Verkäufers kann also immerhin vollkommen entschuldigt sein (man denke z. B. an den Fall, wenn der Verkäufer blind war); gleichwohl liegt in dem Verkaufen eine culpa; wer seiner Sache nicht völlig gewiß ist, soll nicht verkaufen: non debet esse facilis ad temerariam indicationem (venditionem). Daß es keinen Unterschied macht, ob die Eigenschaften ausdrücklich versprochen, oder, wie z. B. die juristische Fähigkeit des Objects, vermöge des Contractsabschlusses stillschweigend zugesichert worden, bedarf nicht erst der Bemerkung.

Allein in jenen Stellen wird ja der Ausdruck culpa gar nicht gebraucht. Gewiß! Aber wenn der Jurist dem Verkäufer aus seiner Unkenntniß einen Vorwurf macht, wenn er ihm vorhält, er hätte die Mängel kennen können und müssen und damit seine Haftung motivirt, was ist dies anderes, als der Vorwurf der culpa?

Man wird mir ferner einwenden: eine solche culpa, welche ohne Rücksicht auf die individuellen Umstände abstract bestimmt wird, ist nichts als eine fingirte culpa, eine praesumtio juris et de jure derselben. Ich räume nun gern ein, daß das Vorhandensein der culpa von den Römern allerdings regelmäßig individuell bestimmt wird, so daß also eine Handlung nicht schlechthin als culpose gilt, oder wenn auch präsumtiv als solche (wie z. B. daß man sich die Sache hat stehlen lassen), daß doch der Gegenbeweis der Schuldlosigkeit zugelassen wird. Allein andererseits fehlte es keineswegs an Beispielen, daß die römischen Juristen nach Art unseres Falls

eine schlechthin aus der Natur des Verhältnisses abgeleitete, mithin von dem individuellen Verhalten des Schuldigen völlig unabhängige Haftung auf culpa desselben zurückzuführen.

Daß der Mandant, unabhängig von einer culpa auf seiner Seite, dem Mandatar den Schaden ersetzen muß, den er durch das aufgetragene Geschäft (nicht bloß bei Gelegenheit der Ausführung desselben) erlitten, ist ein Gebot der Billigkeit, das das römische Recht sowohl in concreten Entscheidungen als in abstracter Form ausdrücklich anerkennt[35]). Gleichwohl nimmt Afrikan in der in der Note citirten l. 61 § 5 de furtis, in der er dieses Princip selbst ausspricht, die culpa des Mandanten zu Hülfe. Das Mandat lautete auf Ankauf eines bestimmten Sklaven, und letzterer hatte den Mandatar bestohlen. Afrikan entscheidet nun: der Mandant müsse den Schaden ersetzen, auch wenn er die diebische Natur des Sklaven nicht gekannt habe, und motivirt diese Entscheidung theils damit, daß der Mandatar ohne das Mandat den Schaden nicht erlitten haben würde, theils mit der in der Note mitgetheilten Sentenz: nemini officium u. s. w. theils endlich damit:

> culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere; nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit.

Ob Afrikan wohl daran gethan, den Gesichtspunkt der culpa hinein zu ziehen, gilt mir hier gleich; für meinen Zweck genügt es vollkommen, daß er dem Mandanten seine Unkennt-

35) Letzteres in l. 61 § 5 de furt. (47. 2): ..nemini officium suum damnosum esse debet, Jenes außer der dort gegebenen Entscheidung z. B. in l. 15 pr. de in rem vers. (15. 3), wonach der Mandant das vom Mandatar aufgeliehene und ohne seine Schuld verlorene Geld ersetzen muß, l. 8 § 8, l. 29 § 2 Mand. (17. 1). Aehnlich beim socius l. 52 § 4 l. 61 pro soc. (17. 2) und anderwärts z. B. l. 2 § 7 de her. vend. (18. 4).

niß schlechthin zur culpa anrechnet, ohne der individuellen Ermittelung derselben Raum zu gönnen[36]). Ist es aber schon eine culpa, wenn man die Eigenschaften einer fremden Sache nicht kennt, um wie viel mehr wird man dieselbe Unkenntniß bei dem Verkauf einer eigenen Sache als solche bezeichnen dürfen.

Wer ohne Mitwissen seiner Gesellschafter eine dritte Person in die Gemeinschaft aufnimmt, haftet ihnen schlechthin für deren Handlungen[37]), er trägt das periculum seiner Wahl. Einer culpa in eligendo von seiner Seite bedarf es also zu zu dem Zwecke nicht; gleichwohl rechtfertigt Ulpian in der l. 23 pr. pro soc. diese Haftung durch den Gesichtspunkt der culpa: Quin difficile est negare culpa ipsius admissum, — was sich nicht so verstehen läßt, als ob schon der Abschluß der neuen Societät als solcher eine Pflichtverletzung enthalte; der Socius thut nichts, was er nicht thun dürfte — sondern nur so, daß er den ungünstigen Ausgang zu vertreten hat.

Bekanntlich hat man auch für die mora die Frage aufgeworfen, ob sie einen Anwendungsfall der culpa enthalte und ich schließe mich der Ansicht derer an, welche sie bejahen[38]).

---

36) Bei einiger Unbefangenheit sollte man doch nicht verkennen, wie Hasse, Culpa S. 402 (Aufl. 2) und Mommsen a. a. O. III S. 369 es thun, daß die culpa hier mit einem anderen, als dem gewöhnlichen Maßstabe gemessen wird, und daß, wenn letzterer hier zur Anwendung kommen sollte, die Entscheidung nach Befund der Umstände ganz anders ausfallen könnte. Wo bleibt denn die individuelle culpa, wenn der Mandant alle gedenkbaren Erkundigungen über den Sklaven eingezogen hat, aber demnach getäuscht ist? Nach Afrikan's nam certe haftet er trotzdem.

37) l. 19—23 pro soc. (17. 2).

38) von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten III § 588 Anm. 1. Die entgegengesetzte Ansicht steift sich, so weit ich sehe, nur auf das Wort culpa. Man kann ihr zugeben, daß die Römer den Ausdruck culpa hier nicht gebrauchen, da sie den specielleren der mora

Bei der mora können sich aber die Verhältnisse ganz in derselben Weise gestalten, wie in unserm Fall. Es verspricht Jemand eine Sache zu einem bestimmten Termin zu leisten, deren Verschaffung voraussichtlichermaßen nicht die geringsten Schwierigkeiten machen konnte, z. B. einen Artikel, den jeder Kaufmann des Orts zu führen pflegt, der jedoch wider Erwarten überall ausgegangen ist. Die culpa des Versprechenden liegt hier nicht darin, daß er sich den Artikel nicht verschafft hat — er hat alles gethan, was in seinen Kräften stand — wohl aber darin, daß er einen Contract abschloß, ohne seiner Sache sicher zu sein. Und eben dieser Vorwurf ist es auch, den wir dem Verkäufer einer rei extra commercium machen, und den er mit dem Einwande, daß die Umstände ihm keinen Anlaß darboten, die juristische Fähigkeit des Objects zu bezweifeln, nicht zurückweisen kann.

Hieraus ergiebt sich zugleich, daß der Unterschied zwischen Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit des Irrthums hier nicht Platz greift, jeder derartige Irrthum ist ein unentschuldbarer[39]); wer etwas verspricht, soll sich nicht irren, er irrt sich auf eigne, nicht auf Kosten der Gegenpartei.

Läßt es sich nun dem Bisherigen nach schwerlich bestreiten,

---

hatten, allein wie man in Abrede stellen kann, daß die mora sachlich einen, wenn auch eigenthümlich gestalteten Anwendungsfall der culpa enthalte, vermag ich nicht abzusehen.

39) l. 19 § 1 Loc. (19. 2) . . nec ignorantia ejus erit excusata. Die Stelle behandelt den Fall, wenn Jemand schadhafte Weinfässer vermiethet, und sie verpflichtet den Vermiether schlechthin für den Schaden einzustehen. Es bedarf aber wohl nicht des Nachweises, daß seine Unkenntniß dieser Schadhaftigkeit völlig entschuldbar sein kann, so z. B. wenn bei Anfertigung der Fässer von Seiten des Fabrikanten ein Versehen vorgefallen war, das der Käufer von außen gar nicht wahrnehmen konnte. Ebenso im Fall der l. 13 § 6 ibid., wenn die Kleider an eine Person abgegeben sind, die dem Ueberbringer zum Verwechseln ähnlich sah.

daß wir die Haftung des Verkäufers in unserm Verhältniß auf den Gesichtspunkt der culpa zurückführen dürfen, so kann man mir doch den Einwand machen: wozu ist dies nöthig, warum nicht einfach bei der Fassung stehen bleiben: der Verkäufer haftet für die Fähigkeit des Objects, fehlt es daran, so hat er den Schaden zu ersetzen? Jene culpa, so könnte es scheinen, ist nur ein anderer Ausdruck für die gesetzliche Haftungspflicht des Verkäufers; da sie überall angenommen werden soll, wo letztere eintritt, so hat ihre Annahme oder Nichtannahme gar kein, wenigstens kein praktisches Interesse.

Allein dies ist nur Schein. Zunächst nämlich knüpft sich an diesen Gesichtspunkt der culpa das Interesse der juristischen Rechtfertigung und Erklärung der Schadensersatzverbindlichkeit der Verkäufers. Ohne diesen Gesichtspunkt erscheint sie als eine, wenn auch durch die Anforderungen der Billigkeit dictirte, so doch völlig isolirte positive Bestimmung; mit diesem Gesichtspunkte ordnete sie sich einem allgemeinen Gesetz der Contractstheorie unter, dem, daß jeder Theil dem andern für den ihm durch seine culpa zugefügten Schaden aufkommen muß. Ohne diesen Gesichtspunkt ist sie eine Schadensersatzklage, welche keine Verschuldung auf der andern Seite erfordert; mit diesem Gesichtspunkte vermeidet sie diese Singularität und gewinnt sie den normalen Charakter einer jeden Schadensersatzklage.

Das zweite Interesse, das sich mit dem Gesichtspunkte der culpa verbindet, führt uns zugleich auf unsere oben (S. 32) aufgeworfene zweite Frage, es ist nämlich die der Möglichkeit einer Ausdehnung unserer Klage auf verwandte Fälle, oder richtiger die der principiellen Verallgemeinerung derselben. Ein allgemeines Princip für unsere Klage ist nur mittelst der culpa zu gewinnen. Nehmen wir letztere nicht zu Hülfe, so müssen wir bei den beiden Fällen der

Quellen stehen bleiben, wie dies denn in der That auch bisher geschehen ist. Es fehlt hier an der Brücke, um von den zwei Fällen der Quellen zu den vielen andern zu gelangen, in denen das Bedürfniß einer Schadensersatzklage in nicht geringerem Maße vorhanden ist. Oder worin läge der juristische Rechtfertigungsgrund (ich meine nicht den legislativ-polischen), um, was die Quellen in jenen beiden Fällen bestimmen, auch z. B. im Fall des Irrthums eintreten zu lassen?

Es soll im Folgenden der Versuch gemacht werden, den bisher lediglich in Anwendung auf die beiden quellenmäßigen Fälle entwickelten Begriff der culpa in contrahendo in der ihm zukommenden Allgemeinheit festzustellen und zu begründen.

Stützen wir einmal die Verbindlichkeit des Verkäufers zum Schadensersatz in jenen beiden Fällen auf eine culpa desselben, so knüpft sich daran unabweisbar die Nöthigung, in allen Fällen, wo eine gleiche culpa eintritt, auch eine gleiche Wirkung eintreten zu lassen. Es ist nicht abzusehen, warum die culpa gerade an die concrete Form, in der sie dort auftritt, gebunden sein müßte. Was für die nicht existirende Erbschaft gilt, muß dasselbe nicht auch für eine nicht existirende Forderung, Sache u. s. w., was für die res extra commercium, nicht auch für eine Sache, rücksichtlich deren ein Veräußerungsverbot bestand, was für den Verkäufer, nicht auch für den Käufer, was für den Kaufcontract, nicht auch für den Miethcontract, das Mandat u. s. w. gelten? Entkleiden wir in jenen beiden Fällen die culpa ihrer concret-zufälligen Form, so besteht dieselbe darin, daß der Verkäufer contrahirt, ohne die Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages in seiner Person prästiren zu können, und durch den falschen Schein des Contracts den andern Theil irre führt. Wer contrahirt, tritt damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des außercontractlichen Verkehrs in den

positiven der Contractssphäre, von dem Gebiete der bloßen culpa in faciendo auf das der culpa in non faciendo, der positiven diligentia, und die erste und allgemeinste Verpflichtung, die er damit übernimmt, ist die: beim Contrahiren selbst bereits die nöthige diligentia aufzuwenden. Nicht bloß die bestehenden, sondern bereits die entstehenden Contractsverhältnisse müssen unter dem Schutz der Regeln über die culpa stehen[40]), wenn nicht der contractliche Verkehr nach dieser Seite hin empfindlichster Weise bloß gestellt, jeder Contrahent der Gefahr Preis gegeben werden soll, das Opfer fremder Nachlässigkeit zu werden. Um ihn dagegen zu sichern, braucht man ihm nicht zuzumuthen, sich die Abwesenheit der culpa oder specieller das Vorhandensein der Erfordernisse des Contracts ausdrücklich garantiren zu lassen, das Gesetz kann und soll ihn dieser Mühe überheben, indem es in das Contrahiren selbst die stillschweigende Uebernahme dieser Garantie verlegt. In außercontractlichen Verhältnissen kann Niemand von dem andern die Garantie für die Zuverlässigkeit und Wahrheit seiner Aeußerungen und Mittheilungen verlangen, das Recht schützt ihn nur gegen dolus, nicht gegen culpa, und er hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er durch blindes Vertrauen auf Aussagen Dritter in Schaden kömmt, denn er mußte die unverbindliche Kraft derselben kennen. Dagegen im contractlichen Verkehr, wo ja gerade diese Aeußerungen eine verbindliche Kraft erlangen sollen, darf er die Prüfung, ob dieselben auf gutem Grunde beruhen, vom Gegner erwarten; er selbst ist regelmäßig gar nicht in der Lage, sie vornehmen

40) Einen Ausfluß dieses Princips erblicke ich in dem bekannten Satz: quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur, perinde habetur ac si impleta conditio fuisset. Vor Erfüllung der Bedingung ist der Vertrag erst im Entstehen begriffen.

zu können. Indem der andere den Contract mit ihm abschließt, garantirt er ihm damit das günstige Resultat dieser seiner Prüfung, und wie er aus diesem Grunde mittelst Leistung des positiven Vertragsinteresses für dicta promissa, Eviction u. s. w., kurz für seine Zusicherungen aufkommen muß, wenn der Vertrag zur Perfection gelangt ist, so muß er es auch mittelst Leistung des negativen Vertragsinteresses, wenn der in seiner Person vorhandene, von ihm selbst nicht wahrgenommene Mangel die Nichtigkeit des Contracts verschuldet und mittelbar den anderen Theil in Schaden gebracht hat. Ob er ihn mit Worten oder durch die That versichert, daß er in der Lage sei, diesen bestimmten Contract abzuschließen, kann keinen Unterschied machen, diese Versicherung liegt im Contrahiren selber.

Der erste Schritt zum Contract ist die Offerte. Beginnt die Verpflichtung zur diligentia in contrahendo bereits mit ihr? Gewiß; allein, so lange nicht die Offerte acceptirt ist, kann sie kein Unheil anstiften; wird sie also vor der Acceptation widerrufen, so ist, auch wenn der andere Theil dadurch in Schaden gekommen, ein Schadensersatzanspruch nicht begründet. Diesen Schaden hat letzterer selbst verschuldet. Wer unvorsichtig genug ist, aus Anlaß einer Offerte, anstatt dieselbe vorher zu acceptiren, bereits zu handeln, Maßregeln zur Ausführung des Contracts zu machen, darauf hin mit Dritten zu contrahiren u. s. w., ist selbst in culpa, denn er mußte auf die Möglichkeit des Widerrufs der Offerte bis zum Moment ihrer Acceptation gefaßt sein. Erst mit diesem Momente ist er berechtigt, auf die Basis des sei es wirklich oder nur scheinbar zu Stande gekommenen Vertrages weiter fortzubauen, und wenn die Maßnahmen, die er zu dem Zweck getroffen, ihm durch eine zwar zeitig erfolgte, aber ihm nicht zeitig bekannt gewordene Zurücknahme der Offerte vereitelt sind, so darf er die nachtheiligen Folgen dem Gegner überweisen, der ihn zu

diesen Handlungen aufgefordert hat. Das Weitere kann erst unten (III 3, 2) folgen.

Ich habe oben gesagt, daß der Verkehr den Grundsatz der culpa in contrahendo gar nicht entbehren könne, und ich hoffe das Gewicht meiner theoretischen Ausführungen nicht unbeträchtlich zu verstärken, indem ich nachweise, wie jener Grundsatz — freilich in unbewußter Weise, aber dadurch für meinen Zweck nur um so schlagender — in einer Reihe einzelner Fälle sowohl in der gemeinrechtlichen Doctrin als von neueren Gesetzgebungen zur Anwendung gebracht worden ist. Auf jenem Gebiet ist die Nothwendigkeit der Schadensersatzklage freilich nur in den beiden oben (Note 3 u. 6) namhaft gemachten Fällen anerkannt worden, von den neueren Gesetzgebungen aber haben mir nur das allgemeine preußische Landrecht und das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, insbesondere ersteres eine ganz überraschende Bestätigung meiner Ideen gewährt, während ich im französischen Recht nichts habe finden können, woran jedoch muthmaßlich nur meine eigne Unkenntniß desselben die Schuld trägt. Nach dem Vorgang des römischen Rechts zu schließen, versprach ich mir von beiden genannten Gesetzbüchern kaum eine Ausbeute, allein mein Versuch fiel glänzender aus, als ich erwartet hatte. Aus dem folgenden Abschnitt wird der Leser ersehen, daß ich die Erfordernisse des Contracts, deren Mangel nach meiner Theorie die culpa in contrahendo begründet, auf drei Punkte zurückführe: Fähigkeit des Subjects, Objects und Zuverlässigkeit des Willens. Ich will das Material, das

---

41) In Seuffert's Archiv für Entscheidungen oberster Gerichtshöfe findet sich außer über den Fall des Widerrufs der Offerte unter Abwesenden nichts.

jene Gesetzbücher[42]) mir darbieten, nach diesen drei Rücksichten zusammenstellen:

1. Fähigkeit des Subjects.

A. L. R. I 5 § 33.

Wer aber nach gehörig angestellter Erkundigung dennoch von einem Unfähigen zur Schließung eines Vertrages verleitet worden, kann aus dem Vermögen desselben Schadloshaltung fordern.

§ 36. Wer seiner Unfähigkeit sich bewußt, einen Andern zur Schließung eines Vertrages verleitet hat, soll als ein Betrüger bestraft werden.

Der letztere § spricht von dolus, es könnte also scheinen, als ob auch der erstere nur diesen Fall (also die act. doli) im Auge habe. Allein daß der Ausdruck „verleiten" in § 33 nicht bloß auf dolus zu beziehen, vielmehr mit „veranlassen" gleichbedeutend ist, geht daraus hervor, daß § 36 durch die ausdrückliche Hervorhebung des Bewußtseins der Unfähigkeit auch den Fall einer „Verleitung" ohne ein solches Bewußtsein als möglich anerkennt. In dem Hauptfall, den das Gesetz im Auge hat, dem der Unfähigkeit bevormundeter Personen wird zwar regelmäßig das Bewußtsein der Unfähigkeit vorhanden sein[43]), allein es lassen sich doch Fälle des Gegen-

42) Ueber das österreichische Recht stand mir außer dem noch nicht bis zum Obligationenrecht vorgerückten österr. Privatrecht von Unger nur der Commentar von Zeiller zu Gebote — ein Commentar, der wie so manche spricht, wo er schweigen, und schweigt, wo er sprechen sollte. Fachgenossen aus den Ländern der drei genannten Rechte, denen diese Abhandlung zu Gesicht kommen sollte, würden mich durch bezügliche Mittheilungen aus der Theorie und Praxis ihrer Rechtsgebiete im hohen Grade verpflichten, und würde ich dieselben später in einem eignen Nachtrage zu dieser Abhandlung veröffentlichen.

43) Bei Personen unter 18 Jahren wird nach § 34 ibid. der Gegner mit der Behauptung der Unkenntniß ihres minderjährigen Alters gar nicht gehört.

theils denken[44]), so daß also nach preuß. Recht der Schadensersatzanspruch auch im Fall der culpa begründet ist[45]).

Eine specielle Entscheidung enthält das Gesetzbuch noch über den Fall, wenn ein Haussohn sich für einen homo sui juris ausgegeben,

A. L. R. II 2 §. 135.

Doch kann der Gläubiger, der von einem solchen Schuldner ohne sein eigenes mäßiges Versehen wirklich hintergangen worden, aus desselben Vermögen nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften Schadloshaltung fordern.

Der Ausdruck „hintergangen" zeigt jedoch, daß hier an dolus gedacht ist.

Das österreichische Recht beschränkt den Ersatzanspruch ausdrücklich auf die Voraussetzung des dolus.

A. B. G. B. § 866.

Wer listiger Weise vorgibt, daß er Verträge zu schließen fähig sei und dadurch einen Andern, der darüber nicht

44) So z. B. nach römischem Recht, wenn der Minderjährige über das wirkliche Alter irrte l. 4 Cod si minor (4. 43), nach preuß. Recht, dem zu Folge die cura furiosi nicht ipso jure aufhört (§ 815—820), wenn der völlig genesene Geisteskranke in der Meinung, daß er mit der natürlichen auch die juristische Handlungsfähigkeit zurückerlangt habe, einen Contract abschließt, und selbst beim Minderjährigen über 18 Jahre wird man nicht schlechthin darum, weil er seine Unfähigkeit kennen mußte, das Bewußtsein derselben annehmen dürfen. Nach französischem Recht schließt nicht einmal die Erklärung des Minderjährigen, daß er volljährig sei, die rest. in integrum aus, es bedarf vielmehr dazu „besonderer Vorspiegelungen oder Täuschungsmittel." K. S. Zachariä, Handb. des franz. Civilr. II. S. 319 (Aufl. 5).

45) Bornemann, System. Darstellung des preuß. Civilr. I § 13 (Aufl. 2 Sp. 5) nimmt das Gegentheil an, aber auf einen Grund hin: „Da ein Contractsverhältniß niemals existirt, wenn mit einem Unfähigen verhandelt worden, so kann die Entschädigung immer nur ex delicto gefordert werden," den ich durch diese Abhandlung widerlegt zu haben hoffe.

leicht Erkundigung einholen kann, hintergeht, ist zur Genugthuung verpflichtet.

§ 248. Ein Minderjähriger, welcher sich nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahr bei einem Geschäft für großjährig ausgibt, ist für allen Schaden verantwortlich, wenn der andere Theil vor Abschließung des Geschäfts nicht wohl erst Erkundigung über die Wahrheit des Vorgebens einholen konnte[46].

2. Fähigkeit des Objects.

A. L. R. I 5 § 53.

War die bedingte Unmöglichkeit nur demjenigen bekannt, der zu der unmöglichen Handlung oder Leistung sich verpflichtete, so muß er den andern Theil vollständig entschädigen.

Dasselbe, was dieser § für unmögliche Handlungen bestimmt, soll nach § 67 für Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, gelten.

Ob hier mit der „vollständigen Entschädigung" das positive oder negative Interesse gemeint ist, darüber läßt sich streiten[47], im ersteren Fall würde die Klage gar nicht hierher gehören, im zweiten aber, da das Gesetz sie nur im Fall der Wissenschaft des Beklagten gewährt, ungleich beschränkter sein, als im römischen Recht[48].

46) Nach dem Sprachgebrauch des Gesetzbuches (§ 1323 Schadloshaltung und Genugthuung) ist im ersten § das Erfüllungsinteresse, im zweiten das negative gemeint.

47) Koch, Preuß. Privatrecht I S. 228, 229 nimmt ersteres an, Bornemann II S. 234, 235 letzteres.

48) Bornemann II S. 234 ist jedoch der Ansicht, daß, obschon das Gesetz im Fall, daß die bedingte Unmöglichkeit beiden Theilen unbekannt war, einen Anspruch auf Entschädigung nicht ausdrücklich zugestehe, doch „aus den allgemeinen Grundsätzen über die Vertretung des

Dagegen erkennt das österreichische Recht eine Klage auch im Fall verschuldeter Unwissenheit an.

A. B. G. B. § 878.

Was nicht geleistet werden kann, was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Wer einen andern durch dergleichen Zusagen täuschet[48]), wer ihn aus schuldbarer Unwissenheit verkürzt oder aus dessen Schaden einen Nutzen zieht, bleibt dafür verantwortlich.

3. Zuverlässigkeit der Mittheilung des Willens.

Von den vielen hierher gehörigen Fällen habe ich bloß zwei erwähnt gefunden, nämlich den der Rücknahme einer Offerte,

A. L. R. I 5 § 105.

Hat er dieses (die rechtzeitige Anzeige des Rücktritts, wo derselbe gesetzlich erlaubt ist. § 90 fl. u. 103 u. 104) unterlassen, und es findet sich in der Folge, daß der Andere seine Annahme wirklich zur rechten Zeit erklärt habe, so muß er demselben für den Schaden, welcher aus den

---

Versehens bei Abschließung von Verträgen folge, daß auch in diesem Fall der, welcher allein oder überwiegend in culpa sei, den andern entschädigen müsse."

49) Daß das Gesetz hier nur den Fall des äußerlich erfolgten Abschlusses des Geschäfts im Auge hat, braucht wohl nicht erst bemerkt zu werden. Es charakterisirt den juristischen Höhenpunkt des Zeillerschen Werks, wenn der Verfasser zu diesem § bemerkt: „Wer den Andern durch falsche Angaben (z. B. daß das ihm angebotene Gewerbe verkäuflich sei (!)) täuscht, er sei Paciscent oder ein Dritter (Unterhändler) leistet Genugthuung!" Das Gesetz spricht von „Zusagen," der Commentator, um doch wenigstens einen andern Ausdruck zu gebrauchen, von „Angaben", ohne zu ahnen, wie weit er sich damit vom Inhalt des Gesetzes entfernt.

zur Erfüllung des Vertrages gemachten Anstalten in der Zwischenzeit erwachsen ist, gerecht werden [50]) und den des Irrthums [51]).

A. L. R. I 4 § 79.

Ist jedoch derselbe (der Erklärende) durch eignes grobes oder müßiges Versehen in den Irrthum gerathen, und der Andere hat nicht gewußt, daß der Erklärende sich irre, so ist der Erklärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandenen Schadens verpflichtet.

Unter den hierher gehörigen Fällen werde ich unten noch den der Undeutlichkeit des Ausdruckes aufführen; über diesen Fall enthält das österreichische Recht zwar eine ausdrückliche Bestimmung:

A. B. G. B. §. 869.

Wer sich, um einen Andern zu bevortheilen, undeutlicher Ausdrücke bedient oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugthuung.

allein da das Gesetz Absicht erfordert, so ist hier die act. doli, nicht unsere Klage gemeint.

---

50) Dazu Koch II S. 168 und namentlich Bornemann II S. 247. Das österreichische Recht, welches ebenfalls die Rücknahme der Offerte vor Ablauf der in § 862 festgesetzten Zeit ausschließt, äußert sich über diesen Punkt nicht, jedoch bemerkt Zeiller zu diesem §: „Seltene Ereignungen und Verzögerungen, wodurch der eine oder andere Theil ungeachtet der Vorsorge des Gesetzes zu Schaden kommen kann, müssen nach dem im Hauptstücke vom Recht des Schadensersatzes über das Verschulden und den Zufall aufgestellten Vorschriften beurtheilt werden."

51) Koch I S. 220, Bornemann I S. 144, namentlich die dort in der Note 2 mitgetheilte Bemerkung von Suarez: „aber das folgt daraus, daß ein solcher Irrender den andern Theil indemnisiren muß, der den Irrthum nicht gewußt und auf seine Willenserklärung sich verlassen und seine Maßregeln darnach genommen hat" — ein interessantes Zeugniß für den gesunden Sinn und die geistige Unabhängigkeit desselben gegenüber dem römischen Recht.

Dagegen kennt, zwar nicht das Gesetzbuch, aber doch die Doctrin des preußischen Rechts noch einen andern Anwendungsfall unseres Princips. Auslobungen („Prämien") sind nach dem A. P. L. R. I 11 § 988, insoweit sie „nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten oder Unternehmungen" betreffen, klagbar, und soll der Auslobende die Prämie vor Ablauf der bestimmten Zeit nicht zurücknehmen. Damit verträgt es sich nun freilich nicht, wenn man denselben mit Koch [52] für den Fall der erfolgenden Rücknahme verpflichtet, „Alle, welche die Lösung bereits unternommen hatten, für die aufgewendete Mühe und Kosten zu entschädigen" — denn diese Rücknahme soll nach dem Gesetz völlig unstatthaft sein — wohl aber kann man unsere Klage mit Bornemann [53]) in einem Fall zur Anwendung bringen, den das Gesetz gar nicht berührt, und auf den man das Verbot der Rücknahme zu erstrecken für ungeeignet gehalten hat, nämlich wenn auf Entdeckung eines Verbrechens, Auffindung einer Sache u. s. w. eine Belohnung ausgesetzt ist. Dieser Schriftsteller fügt außerdem noch einen auf dasselbe Verhältniß bezüglichen Anwendungsfall hinzu, nämlich den, wenn der Promittent, nachdem die öffentliche Aufforderung ihren Zweck bereits erreicht hat, es versäumt, dies öffentlich bekannt zu machen.

Wenn nun nach diesen einzelnen Anwendungsfällen unserer Klage das preußische Gesetzbuch schließlich den Satz aufstellt:

A. L. R. I. 5 § 284.

52) A. a. O. II S. 460. Diese Ansicht war, wie Bornemann III S. 193 referirt, im zweiten Entwurf wirklich angenommen und m. E. verdient sie den Vorzug, allein im A. L.-R. kehrte man zur Bestimmung des ersten Entwurfs zurück.

53) III § 206 (Aufl. 2 S. 194).

Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Contrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.

so möchte man kaum eine klarere Anerkennung meiner culpa in contrahendo denken können, als sie hier ausgesprochen ist. So weit ich beurtheilen kann [54]), hat die preußische Jurisprudenz sich diesen so höchst wichtigen Paragraphen, der unsere ganze Lehre in sich schließt, und der mir, wenn er sich in den römischen Rechtsquellen vorfände, alle meine Deductionen erspart hätte, so gut wie entgehen lassen. Ob die Verfasser des Landrechts sich der Tragweite desselben bewußt gewesen sind, lasse ich gern dahingestellt, aber da hier nicht Muthmaßungen entscheiden, sondern der Inhalt, wie er mit klaren Worten im Gesetz ausgesprochen ist, so kann die Befugniß, den Ausspruch in seinem vollen Umfange zu verstehen, nicht beanstandet werden.

Wenn es ein Prüfstein für den praktischen Werth einer Theorie ist, daß sie, ganz ihre eignen Wege gehend, im Resultat mit der Gesetzgebung zusammentrifft, und es ihr gelingt, die sporadischen Bestimmungen, die letztere nicht bloß unabhängig, sondern im scheinbaren Widerspruch mit der herrschenden Lehre, lediglich durch das praktische Bedürfniß geleitet, getroffen hat, auf ein höchstes Princip zurückzuführen und theoretisch zu rechtfertigen — dann, meine ich, hat die meinige diese Probe bestanden, und ihre praktische Berechtigung dürfte nicht mehr in Zweifel gezogen werden. Ob ihr die theoretische Berechtigung vom Standpunkt

54) Außer den bisher benutzten beiden Werken stand mir nur noch der Commentar von Bielitz zu Gebote.

des römischen Rechts aus streitig gemacht werden kann, muß die Zukunft lehren; ich selbst, der ich sie seit Jahren mit mir herumgetragen und gepflegt, und mich ganz in sie hineingelebt habe, bin auf's vollkommenste von ihrer Richtigkeit überzeugt und höchstens darüber zweifelhaft, ob ich nicht bei Anwendung meiner Theorie auf die einzelnen Fälle (III) hie und da zu weit gegangen bin. Wer freilich den Beruf der Jurisprudenz in nichts anderem findet, als mit Hülfe der hermeneutischen Leuchte dunkle Gesetzesstellen zu erklären, möge immerhin meine ganze Theorie mit dem einfachen Einwande abthun, daß der Ausdruck culpa in contrahendo im ganzen corpus juris nicht vorkomme.

Auf der im Bisherigen gewonnenen Grundlage weiter fortbauend, will ich jetzt mit dem Begriff der culpa in contrahendo als einem gegebenen operiren und seine Consequenzen entwickeln. Ich fasse zu dem Ende meine Theorie in den Satz zusammen:

Das Gebot der contractlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse, eine Verletzung desselben begründet hier, wie dort die Contractsklage auf Schadensersatz.

Die culpa in contrahendo ist nichts, als die contractliche culpa in einer besonderen Richtung. Daraus ergeben sich folgende Consequenzen:

1) rücksichtlich ihrer systematischen Stellung. Sie findet ihren rechten Platz bei der Lehre von der culpa in Contractsverhältnissen, bei der Lehre vom Abschluß der Contracte ist höchstens auf sie zu verweisen.

2) rücksichtlich des Grades der zu prästirenden culpa. Derselbe Grad, der während der Dauer des Contractsverhältnisses zu prästiren ist, ist es auch bei der Begründung,

denn dieselben der Natur des bestimmten Contracts entlehnten Gründe, welche dort über denselben entscheiden, bestehen auch hier.

3) rücksichtlich der Personen, welche die culpa zu prästiren haben. Es sind dies lediglich die Contrahenten selbst, nicht dritte Personen, welche beim Abschluß des Contracts mitwirken, und erstere auch nur unter der Voraussetzung, daß ihnen eine culpa dieser bestimmten Art zugerechnet werden kann (S. 60).

Ich nehme damit die früher in diesen Jahrbüchern (Bd. I. S. 280—282) von mir geäußerte Ansicht, der zufolge der Bote aus seinem Versehen in der Bestellung des Auftrages hafte, zurück. Während ich damals die Haftung dessen, der sich seiner bedient, nicht zu deduciren wußte und im Gefühl, daß nothwendigerweise eine von beiden Personen haften müsse, mich für den scheinbar allein schuldigen Boten entschied, befinde ich mich jetzt in der entgegengesetzten Lage: die Haftung des Absenders vermag ich zu deduciren (s. III, 3), die des Boten nicht[55]. Letzterer tritt mit dem Empfänger der Bestellung in gar kein obligatorisches Verhältniß, man müßte also, um diesem gegen ihn eine Schadensersatzklage zu geben, die culpa im außercontractlichen Verkehr schlechthin als Obligationsgrund gelten lassen, wogegen ich oben (S. 12) schon das Nöthige bemerkt habe. Daß der Bote dem Absender haftet, bedarf nicht der Bemerkung.

Die Anwendung des Gesagten auf den Stellvertreter bestimmt sich darnach, inwieweit man denselben noch nach heutigem Recht als Contrahenten behandeln will. Insoweit er letzteres ist, haftet er, wie aus dem Contract über-

55) Ueber den Versuch von Thöl ist oben S. 5 bereits das Erforderliche gesagt.

haupt, so auch für culpa in contrahendo, namentlich also der Ersatzmann d. h. der zwar für einen Andern, aber im eignen Namen contrahirt. Da der dem letzten gegebene Auftrag für ihn nur die Bedeutung eines Motivs zum Contrahiren hat, so fällt sein Irrthum über den Inhalt des Auftrags unter den Gesichtspunkt des Irrthumes in den Motiven, der Vertrag ist also, obschon er ihn in ganz anderer Weise ausgeführt hat, als ihm aufgetragen, für ihn bindend. Es ist nicht anderes, als ob Jemand für sich selbst einen Contract abgeschlossen hat, zu dem er durch falsche Voraussetzungen veranlaßt worden ist. Der Ersatzmann, welcher statt der ihm vom Mandanten aufgetragenen $1/4$ Kiste Cigarren 4 Kisten kauft, weil er ihn so glaubt verstanden zu haben, will vom Verkäufer in der That 4 Kisten, es besteht kein Zwiespalt zwischen dem Inhalt und der Aeußerung des Willens, der Vertrag ist also nicht wegen wesentlichen Irrthums nichtig, der andere Contrahent kann mithin Erfüllung, nicht bloß Schadensersatz verlangen. Wenn dagegen der Ersatzmann etwas anderes sagt, als er sagen wollte, sich z. B. in der Zahl oder Addresse verschreibt, so haftet er, wie jeder Contrahent, bloß auf Schadensersatz wegen culpa in contrahendo.

Die rechtliche Stellung des Stellvertreters im eigentlichen Sinn d. h. der Mittelsperson, welche, ohne, wie der Bote, bloßes Instrument für eine fremde Willensmittheilung zu sein, selbständig im fremden Namen contrahirt z. B. die Wohnung, die er miethen soll, selbst aussucht und den Preis accordirt, dessen Stellung zu bestimmen ist nicht dieses Orts. Ist man der Ansicht, daß er selbst contrahirt, so gelten für ihn die Grundsätze über contractliche culpa; ist man der Ansicht, daß er bloß den (durch ihn nur individuell bestimmten) Willen des Mandanten mittheilt, so ist letzterer der

Contrahent, und der Stellvertreter nimmt die rechtliche Stellung des Boten ein, haftet also dem Dritten nicht für culpose Ueberschreitung des Auftrages [56]).

Die processualische Form der Geltendmachung des Anspruchs wegen culpa in contrahendo ist die Contractsklage. Daraus ergeben sich folgende Consequenzen:

1) wo die Contractsklage überhaupt nicht oder wegen culpa nicht möglich, ist sie es auch in dieser Anwendung nicht. So also bei Geschäften, welche nicht Contracte sind z. B. der Tradition als solcher, der Bestellung von Servituten, so bei Schenkungen und Legaten, obschon sie eine persönliche Klage erzeugen. So ferner bei den Contracten, welche nach römischem Recht die Möglichkeit einer culpa ausschließen, wie das Darlehn, oder nur den einen Theil verpflichten, wie die Stipulation. Dagegen ist bei einem einseitigen Contract auf Seiten des Gläubigers ein Anspruch wegen culpa in contrahendo des andern Theil denkbar, wofür im folgenden Abschnitt Beispiele beigebracht werden sollen.

Es scheint hieraus ferner zu folgen, daß Personen, welche aus ihren Verträgen nicht auf Erfüllung belangt werden können, nämlich die bevormundeten, es auch nicht auf Schadensersatz können, da ja die Contractsklage gegen sie rechtlich überhaupt nicht Statt findet. Ob der Schluß ein berechtigter, soll unten (III 1) untersucht werden.

2) Der Anspruch geht mit der Contractsklage auf beiden Seiten auf die Erben über.

---

56) Der Nürnberger Handelsgesetzentwurf Art. 54 gibt gegen den „Handelsbevollmächtigten", welcher bei Abschluß des Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, dem Gegner nach seiner Wahl eine Klage auf Schadensersatz oder Erfüllung.

3) Die Verjährung desselben bestimmt sich nach der der Contractsklage.

Ich wende mich jetzt der casuistischen Durchführung meiner Theorie zu.

III.

Casuistik der culpa in contrahendo.

Ich habe es mir im Folgenden zur Aufgabe gesetzt, alle denkbaren Fälle, auf welche meine Theorie zur Anwendung gebracht werden kann, aufzuführen und zu entscheiden, und lieber nach dieser Richtung hin zu viel, als zu wenig zu thun. So wenig dies bei einer bereits bekannten Lehre am Ort wäre, so nöthig ist es bei einer solchen, welche, wie die vorliegende, sich erst ihre Aufnahme und Anerkennung zu erwerben hat. Eine reichhaltige Casuistik ist hier aus einem doppelten Grunde geboten: einmal um mittelst derselben die Weite ihres Anwendungsgebietes zu veranschaulichen und sodann, um die Theorie von Seiten ihrer praktischen Durchführbarkeit einer Probe zu unterwerfen. Besteht sie dieselbe an allen ihr zu unterfallenden Fällen, so hat sie wenigstens nach dieser Seite hin ihre vollständige Legitimation dargethan.

Ich werde, wie bereits früher bemerkt, das casuistische Material nach drei Gesichtspunkten gruppiren:

1) Unfähigkeit des Subjects,

2) Unfähigkeit des Objects,

3) Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens

(1. der Erklärung,

2. des Willens selber).

1. Unfähigkeit des Subjects.

Das Recht hat es bekanntlich für nöthig gehalten, gewisse Personen gegen sich selbst und Andere in Schutz zu nehmen, indem es ihnen die Macht, zu veräußern und sich zu verpflichten entweder schlechthin oder doch für gewisse Geschäfte entzogen hat — jenes bei bevormundeten Personen[57]), dieses bei Frauenzimmern (Intercessionen) und bei Hauskindern (Geldanlehen). Soll jedoch die ihnen erwiesene Rücksicht nicht in eine Rücksichtslosigkeit gegen alle andern Personen ausarten, die Sicherheit des Verkehrs nicht gefährdet werden, so muß das Recht dafür Sorge tragen, daß der Grundsatz der Unverbindlichkeit der von ihnen abgeschlossenen Verträge nicht dritten völlig unschuldigen Personen zum Verderben gereiche m. a. W. das Recht muß letztere gegen die Möglichkeit, von jenen mittelst ihres Privilegiums benachtheiligt zu werden, in Schutz nehmen. Rücksichtlich der Frauen und Hauskinder hat das Recht dieser Anforderung entsprochen, indem es die Berufung auf das SC. Vellejanum und Macedonianum an die Voraussetzung knüpft, daß der Gegner die Eigenschaft des andern Theils als einer intercedirenden Frau oder eines Haussohns kannte oder kennen mußte. Bei den andern genannten Personen ist die Unverbindlichkeit der von ihnen geschlossenen Verträge nicht auf diese Voraussetzung gestellt, der Vertrag ist vielmehr schlechthin unwirksam, mochte der Gegner ihre Unfähigkeit kennen oder nicht. In welcher Weise hat hier nun das Recht der angedeuteten Gefahr vorgebeugt? Zunächst bietet sich hier die actio de dolo dar. Daß darin ein dolus gefunden werden muß, wenn z. B. ein gerichtlich erklärter Verschwender oder ein Minder-

57) Auch für Minderjährige halte ich diese Ansicht für die richtige.

jähriger von 24 Jahren, den jeder nach seiner Stellung oder seinem Aeußern für einen Volljährigen halten durfte, außerhalb, wo man seine Unfähigkeit nicht kannte und zu kennen brauchte, Contracte abschließt z. B. eine Weinbestellung macht, ist mir wenigstens nicht zweifelhaft, und ich würde zu dem Zweck eine positive Vorspiegelung der Fähigkeit nicht erfordern, so wenig wie das preußische Recht dies thut (s. S. 45); der dolus liegt hier schon im Verschweigen. Dagegen können allerdings die Umstände auch von der Art sein, daß sie die Annahme des dolus nicht rechtfertigen. Man nehme z. B. den Fall, daß der Vormund des Minderjährigen bisher gewohnt gewesen ist, gewisse Contracte (z. B. Aufträge zu Bücherauctionen) zu genehmigen, Letzterer also dieser Genehmigung auch in einem Fall sicher zu sein glaubte, in dem sie ihm jetzt wider Erwarten verweigert wird (s. auch Note 44). Hier führt die act. doli nicht zum Ziel, es könnte also nur mittelst unserer Schadensersatzklage geholfen werden. Ob aber dieselbe zu gewähren, darüber, will ich gern gestehen, bin ich meiner Sache keineswegs völlig gewiß.

Für die Versagung läßt sich geltend machen:

Erstens: die l. 19 pr. de R. J. (50. 17):

Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus: heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit.

Es wäre Sache des andern Theils gewesen, sich nach den Verhältnissen seines Contrahenten zu erkundigen.

Zweitens: wenn die Contractsklage überhaupt nicht Statt findet, wie kann sie es in dieser Richtung?

Drittens: der Schutz der bevormundeten Personen gegen leichtsinniges Contrahiren würde anderenfalls illusorisch gemacht.

Dem ersten Einwande, so scheinbar er auf den ersten Blick ist, möchte ich kein großes Gewicht beilegen. Einmal nämlich ist bereits von Andern[58]) bemerkt, daß die Stelle, wenn sonst das Beispiel des Erben zu einem Schluß berechtigt, den Schuldner, nicht den Gläubiger im Auge zu haben scheint. Wenn man sie aber ihrer allgemeinen Fassung wegen auch auf letzteren glaubte beziehen zu müssen, so zeigt wenigstens die l. 3 pr. ad SC. Mac. (14. 6), daß der Satz, den sie aufstellt, in dieser Allgemeinheit nicht wahr ist. Und wohin würde es auch führen? Ein Minderjähriger von nahezu 25 Jahren hält sich vorübergehend in einem Lande auf, in dem die Volljährigkeit mit einem früheren Zeitpunkt eintritt, und wo Jeder ihn für einen Volljährigen halten konnte, miethet z. B. in einem Bade auf einige Wochen eine Wohnung, nimmt seinen Mittagstisch auf Credit u. s. w., verspielt sein Geld, und der Vormund weigert sich hinterher die Schulden zu bezahlen. Einen dolus kann man auf seiner Seite nicht annehmen, er hatte ursprünglich die Absicht seinen Verbindlichkeiten nachzukommen, den Personen, die mit ihm contrahirten, kann man aber doch auch nicht den Vorwurf machen, daß sie „non ignari ejus conditionis“ hätten sein müssen, sie können vielmehr mit den Worten der l. 3 cit. entgegnen: publice paterfamilias (major) plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat. Wenn man also immerhin aus einem andern Grunde ihnen die Contractsklage wegen culpa in contrahendo versagen will, aus diesem kann man es nicht.

Der zweite Einwand enthält eine petitio principii. Denn das ist gerade die Frage, ob die Contractsklage darum,

58) Cujac. Obs. VII, 36, welcher auch Beispiele mittheilt; und Schulting, Notae ad Dig. ad h. l.

weil sie nicht auf Erfüllung gerichtet werden kann, auch in ihrer Richtung auf Schadensersatz unzulässig ist. Die Versagung der Contractsklage gegen jene Personen bezieht sich zunächst nur auf die Ausführung des Contracts, läßt aber die Frage von der Möglichkeit einer Verpflichtung durch culpa in contrahendo offen. Bedenkt man nun, daß jene Personen in bestehenden Contractsverhältnissen nach allgemeinen Grundsätzen culpa zu prästiren haben, so wird es schwer dies bei entstehenden zu verneinen.

Der dritte Einwand ist der gewichtigste. Allein es fehlt doch nicht an Momenten, welche sein Gewicht beträchtlich vermindern. Die Gefahr ist in der That nicht so groß, wie es den Anschein hat. Einmal nämlich fällt sie in dem Fall hinweg, wenn der Gegner die Unfähigkeit kannte oder kennen mußte [59]), beim Contrahiren unter Anwesenden namentlich also, wenn das jugendliche Aeußere des Contrahenten dessen Minderjährigkeit kund gab. Sodann in dem Fall, wenn Letzterem diese bestimmte Art der culpa nicht zugerechnet werden konnte, und aus diesem Grunde würde ich die Klage bei Unmündigen schlechthin ausschließen. Obwohl nämlich letztere in unsern Quellen als injuriae capaces bezeichnet werden, so bedarf es doch wohl kaum der Bemerkung, daß diese capacitas nicht für alle Arten des Unrechts gleich, sondern nach Verschiedenheit derselben verschieden und zwar darnach zu bestimmen ist, ob die Einsicht in den Charakter derselben diesem Lebensalter zugetraut werden kann. Wie diese Zurechnungsfähigkeit z. B. rücksichtlich des Diebstahls früher anzunehmen ist, als rücksichtlich der Fälschung, so auch rücksichtlich der Beschädigung fremder Eigenthumsobjecte früher, als

59) Bei Vormundschaften über Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender wegen der öffentlichen Bekanntmachung.

rücksichtlich unserer culpa in contrahendo. Die individuellen Umstände müssen hier, was die Annahme der letztern anbetrifft, den Ausschlag geben. So z. B. würde ich einen jungen Menschen, der bereits durch die Erfahrung belehrt ist, daß seine Verträge unverbindlich sind, und dem der Vormund jedes fernere Contrahiren untersagt hat, für zurechnungsfähig erklären, wenn er zum zweiten Mal einen Auswärtigen, der sich über seine Unfähigkeit in entschuldbarer Unkenntniß befindet, zum Contrahiren inducirt z. B. einem auswärtigen Antiquar brieflich Bücher zum Verkauf offerirt. Insofern man hierin nicht einen dolus finden wollte, würde man doch eine Haftung wegen culpa in contrahendo kaum umgehen können.

Schließlich sei gegen den obigen Einwand noch das bemerkt, daß der Betrag der Haftung aus der culpa in contrahendo regelmäßig hinter dem aus dem Contract selbst zurückbleibt. Wenn ein Minderjähriger, der sich Wein bestellt hat, die dem Verkäufer verursachten Kosten des Hin- und Rücktransportes zu ersetzen hat, so ist seine Lage immerhin noch eine ungleich bessere, als wenn er den Wein behalten müßte.

Es scheinen mir demnach die Gründe für die Statthaftigkeit unserer Klage auch gegen bevormundete Personen überwiegend zu sein, jedoch räume ich, wie bereits bemerkt, gern ein, daß die Sache nicht so völlig zweifellos ist, glaube übrigens auch nicht, daß sie ein so großes Interesse hat, da in den meisten Fällen die act. doli ausreichen wird [60]).

Unsere Frage läßt sich auch für die von einem Trunkenen abgeschlossenen Verträge aufwerfen. Zwar wenn er sie persönlich abschließt und sein Zustand ein derartiger war, daß das Willensvermögen aufgehoben war, wird der Gegner denselben

60) Auf letztere aufmerksam zu machen sollte man aber doch bei der Lehre von der mangelnden Dispositionsbefugniß bevormundeter Personen nicht versäumen.

haben bemerken müssen. Nicht so, wenn er einen Boten schickt z. B. durch einen Kellner aus dem Gasthof einen Wagen auf den folgenden Tag bestellen läßt, den er nachher nicht nehmen will. Ein Contract ist hier allerdings nicht abgeschlossen, dolus liegt ebensowenig vor, allein so wie er wegen der in diesem Zustande der Unzurechnungsfähigkeit begangenen Delicte aus dem Grunde haftet, weil er sich culposer Weise in diesen Zustand versetzt hat, so rechtfertigt derselbe Gesichtspunkt auch seine Haftung wegen culpa in contrahendo. In einem solchen Zustand soll man nicht contrahiren.

Der persönlichen Handlungsunfähigkeit kann gleich stehen die mangelnde Dispositionsbefugniß, namentlich wegen Veräußerungsverbots [61]). Damit ein Veräußerungsverbot zu unserer Klage Veranlassung gebe, wird vorausgesetzt, daß es sich auf die Abschließung des Contracts beziehe m. a. W. daß nicht bloß die intendirte Eigenthumsübertragung, sondern auch die darauf gerichtete Obligation für unwirksam erklärt ist, wie z. B. beim Verkauf litigioser Objecte [62]). Nach einer positiven Bestimmung von Justinian [63]) soll hier der Verkäufer dem Käufer eine Strafe von $1/3$ des Kaufpreises zahlen. Wer mit mir dieselbe heutzutage für unpraktisch hält, wird dem Käufer, wenn der Verkäufer in dolo war, auf die act. doli, wenn er in bona fide war, wie z. B. wenn die um die Litigiosität nicht wissenden Erben verkauften, auf unsere Klage verweisen müssen.

---

61) Andere Beispiele: Unkenntniß eines Ausfuhrverbots von Seiten des Verkäufers; Ausstellung eines Wechsels von einer wechselunfähigen Person, deren Unfähigkeit der Gegner nicht kannte; nach römischem Recht Unfähigkeit gewisser Personen zu gewissen Pachtungen (Puchta, Pandekten §. 365 not. h.).

62) L. 27 § 1 ad SC. Vellej. si litigiosum praedium emerit.

63) In der l. 4 § 1 Cod. de litig. (4. 37).

2. Unfähigkeit des Objects.

Außer den beiden im ersten Abschnitt zur Genüge behandelten Fällen kennen unsere Quellen noch einige andere. So wird insbesondere ein Fall häufig erwähnt, der, obwohl er für uns keine praktische Bedeutung mehr hat, doch keineswegs übergangen werden darf, und den ich im ersten Abschnitt nur aus dem Grunde nicht behandelt habe, um durch das Hineinziehen eines zweifelhaften Falles die dortige, auf unzweifelhafte Quellenäußerungen gebaute Untersuchung nicht zu stören. Von der jetzt gewonnenen Basis aus wird die richtige Auffassung desselben keine Schwierigkeiten mehr haben.

Es ist dies der Fall des Verkaufs eines fälschlich für einen Sklaven gehaltenen freien Menschen. Allgemeinen Grundsätzen nach müßte dieser Verkauf dem einer res extra commercium völlig gleich stehen, denn er bezweckt ebenso, wie letzterer, die Beschaffenheit einer absolut unmöglichen Leistung. In der That erkennen denn auch einige Stellen diese Gleichheit ausdrücklich an [64]), allein andere rufen, indem sie für den Fall der Unkenntniß des Käufers von einer „emtio" sprechen [65]) und die Stipulation der Evictionsleistung für wirksam erklären [66]), den Schein des Gegentheils hervor, und es hat nicht an Schriftstellern gefehlt, welche sich durch diesen Schein haben täuschen lassen [67]).

---

64) L. 4 de cont. emt. (18. 1) § 5 J. de emt. (3. 23), in Bezug auf Stipulation die l. 8 § 9 de O. et A. (44. 7).

65) Emtionem contrahi posse: l. 70 de contr. emt. (18. 1) l. 4 quib. ad lib. (40. 13); emtio intelligitur: l. 4 de cont. emt. scientem emere non posse: l. 6 pr., l. 34 § 2 ibid.

66) L. 20 § 4 quib. ad lib. (40. 13) stipulatio de evictione contrahitur, l. 25 Cod. de evict. (8. 45) l. 2 Cod. de ads. toll. (7. 17).

67) J. B. F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I S. 125 fl. von Savigny, Obligationenrecht II S. 290.

Sollte der Verkauf des Freien wirklich gültig sein, so müßte daraus auf Erfüllung oder, was dasselbe, auf das Erfüllungsinteresse geklagt werden können. Ist dies der Fall? Keine der Stellen sagt es, und die Natur der Sache stellt sich dem entgegen. Denn wie soll der Werth des freien Mannes ästimirt werden? Soll man ihn so tariren, als ob er Sklav wäre? Allein dann hätte man mit demselben Recht die res extra commercium ebenso ästimiren können, als ob sie eine res in commercio wäre; daß hier aber die Aestimation oder das Erfüllungsinteresse ausgeschlossen ist, darüber herrscht gar kein Zweifel [68]).

Wenn der Kauf eines Freien eine Klage auf das Erfüllungsinteresse erzeugt, so muß es auch die Stipulation. Allein die l. 1 § 9 de O. et A. (44. 7) erklärt letztere ausdrücklich für „inutilis", weil das Object „tale sit, ut dari non possit" — ein Grund, der für den Kauf keine geringere Geltung haben kann, als für die Stipulation — und dem homo liber wird der locus sacer vel religiosus auch hier völlig gleich gestellt.

Wenn das Erfüllungsinteresse gefordert werden darf, so ist der Kaufcontract nach unsern obigen Ausführungen (S. 8) nicht als ungültig, sondern als gültig zu bezeichnen, während doch Papinian ihn ausdrücklich für wirkungslos erklärt [69]).

---

68) Mir ist in der Spruchfakultätspraxis ein Fall vorgekommen, wo ein Stück eines öffentlichen Platzes von einem Holzhändler seit Jahren als Abladeplatz benutzt und von dessen Erben in Unkenntniß dieses Umstandes verkauft worden war. Warum hätte man hier nicht den Werth dieses Platzes taxiren können?

69) L. 27 § 1 ad SC. Vell. (16. 1) . . nihil esse quaesitum non magis quam si litigiosum praedium servus aut liberum hominem emerit. Daß das „emerit" hier nicht etwa auf die Tradition, sondern auf den Contract zu beziehen ist, geht aus der Zu-

Wenn wir sonach mit der Idee, daß die act. emti auf das Erfüllungsinteresse gerichtet werden könne, überall auf Schwierigkeiten stoßen, was hindert uns, demselben das negative Vertragsinteresse (S. 16) zu substituiren? Der einzige Grund, der davon abhalten könnte, ist die Statuirung einer „emtio“ in den Stellen der Note 65. Allein in welchem Sinn die „emtio“ hier gemeint ist, zeigt die eine derselben, die l. 4 de cont. emt. (18. 1), in der Pomponius den Ausdruck ebensowohl von dem Verkauf eines locus sacer et religiosus als dem des homo liber gebraucht. Rücksichtlich jenes Falles steht es nach unsern frühern Untersuchungen fest, daß die act. emti nur auf das negative Vertragsinteresse ging, der Jurist also nur diese Wirkung im Auge haben konnte, wenn er von einer emtio sprach, da er aber mit diesem Fall den des Verkaufs des homo liber auf gleiche Linie stellt, so kann „emtio“ auch rücksichtlich des letztern nichts anderes bedeuten. In dieser Weise verschwindet jeder Widerspruch zwischen jenen Stellen [70]) und dem § 5 J. cit. (S. 9), welcher in beiden Fällen die act. emti ausdrücklich nur auf das negative Vertragsinteresse gewährt: quod sua interest deceptum non esse.

Hiermit ist auch zugleich die scheinbare Schwierigkeit, welche die Zulassung eines Anspruches auf Evictionsleistung darbietet, beseitigt. Dieser Anspruch kann auf das positive

---

sammenstellung mit dem Fall des Verkaufs des praedium litigiosum hervor, in welchem nach richtiger Ansicht (von Vangerow, Lehrbuch I § 160 Anm. Aufl. 6 S. 288) nur der Verkauf, nicht die Uebertragung des Eigenthums unwirksam war.

70) Zwei derselben würden sonst auch noch unter sich in Widerspruch gerathen. Denn derselbe Licinius Rufinus, der in der l. 70 de cont. emt. von einer emtio spricht, äußert sich in l. 4. quib. ad lib. (40. 13) in libero homine neque venditio consistit et nihil est, quoniam (quod jam ?) veneat.

Vertragsinteresse gerichtet werden (z. B. wenn die Sache jetzt mehr werth ist, als zur Zeit des Verkaufs), aber er braucht es nicht, der Käufer kann vielmehr auch das negative geltend machen, sich beschränken auf den Ersatz der Auslagen, die er auf die Sache gemacht hat [71]). Wenn nun einige Stellen für unsern Fall dem Käufer allgemein das „Interesse" zusprechen [72]), so wissen wir aus dem Bisherigen, in welchem Sinn wir dasselbe zu verstehen haben [73]). Ob der vermeintliche Sklave, noch bevor er dem Käufer tradirt worden war, in libertatem vindicirt wurde, oder erst nachher, in beiden Fällen forderte der Käufer quod ejus interfuit, non deceptum esse und so wenig wie dieser Anspruch im ersten Fall Gültigkeit des Kaufs voraussetzte, so wenig im letztern. Daß er hier, wie überall, die Summe seines Interesses gleich im voraus fixiren konnte, versteht sich von selbst, die stipulatio de evictione in den Stellen der Note 66 macht also gar keine Schwierigkeit.

Zu den Gründen der objectiven Unmöglichkeit gehört neben dem juristischen der Unfähigkeit des Objects auch der natürliche der Nichtexistenz der Sache. Außer dem oben (I) bereits behandelten Fall der Nichtexistenz der verkauften Erbschaft berühren die Quellen noch einige andere, aber ohne rücksichtlich ihrer die Frage von der Verbindlichkeit des Verkaufs so genau zu beantworten, wie für jenen Fall, was mich bestimmte, die Erörterung derselben bis auf diese Stelle auszusetzen.

---

71) So z. B. bei dem gekauften Sklaven die Erziehungskosten l. 27 § 5, l. 28—31 de R. V. (6. 1).

72) L. 18, 25 Cod. de evict. (8. 45) l. 8 Cod. de sent. (7. 45) l. 2 Cod. de ads. toll. (7. 17).

73) Ebenso allgemein drückt sich die früher benutzte l. 9 de her. vend. (18. 4) S. 10 aus, ungeachtet doch auch sie nur das negative Interesse im Auge hatte.

Die Existenz der Sache kann als gegenwärtige oder zukünftige gedacht sein. Im letztern Fall treten die Voraussetzungen unserer Klage nur dann ein, wenn die Unmöglichkeit der Entstehung der Sache dem Verkäufer im voraus bekannt sein mußte, während umgekehrt der Käufer darüber in entschuldbarer Unkenntniß war, und einen solchen Fall behandelt die l. 21 pr. de act. emti (19. 1):

Si sterilis ancilla sit, cujus partus venit vel major annis quinquaginta, cum id emtor ignoraverit, ex emto tenetur venditor.

Daß der Contract als solcher nichtig ist, mithin nicht auf das Erfüllungsinteresse geklagt werden kann, liegt auf der Hand, es kann folglich nur das negative Vertragsinteresse d. h. die act. emti wegen culpa in contrahendo gemeint sein [74]). Ob die Voraussetzungen derselben nicht auch beim Hoffnungskauf (emtio spei) eintreten könnten, will ich dahin gestellt sein lassen [75]). Dagegen wird es nicht erst der Bemerkung bedürfen, daß die durch subjective Unmöglichkeit herbeigeführte Nichtleistung zukünftiger Sachen niemals unter unser Princip fällt; der Vertrag ist hier gültig, die Klage geht mithin auf das Erfüllungsinteresse.

Die Nichtexistenz von Sachen, welche als existirend von beiden Theilen vorausgesetzt werden, kann ihren Grund darin haben, daß sie nie existirt haben oder daß sie bereits untergegangen sind. Im letztern Fall hat entweder der Promittent diesen Umstand gekannt oder nicht. Dort war er in dolo und haftet nach bekannten Grundsätzen. Hier scheint nach den Quellen [76]) jede Haftung ausgeschlossen zu sein, denn sie be-

74) Das nimmt auch Mommsen a. a. O. S. 133 an.

75) Der Fall des dolus beim Hoffnungskauf wird ausdrücklich erwähnt in l. 12 de her. vend. (18. 4).

76) L. 15 pr. l. 57 de cont. emt. (18. 1).

schränken sich auf die Bemerkung, daß der Vertrag nichtig sei, ohne der Möglichkeit einer etwaigen culpa in contrahendo zu gedenken. Allein, wenn an sich eine solche culpa denkbar ist, so würde dies Schweigen hier so wenig wie im Fall des wesentlichen Irrthums (s. u.) im Wege stehen, unsere Theorie zur Anwendung zu bringen. In der Regel wird allerdings dem Promittenten aus seinem Nichtwissen kein Vorwurf gemacht werden können, und diesen Fall haben die Quellen im Auge, allein die Verhältnisse können sich auch entgegengesetzt gestalten. Ich will z. B. annehmen, es vermiethet Jemand ein auf einer Seereise befindliches Schiff zu einer Zeit, wo bereits die Schiffsnachrichten den Untergang gemeldet hatten. Hier mußte er diesen Umstand wissen, und wenn der andere Theil durch den Abschluß des Contracts in Nachtheil gekommen ist, z. B. die Frachten inzwischen in Folge eines politischen Ereignisses in die Höhe gegangen sind, so liegen auf beiden Seiten die Voraussetzungen unserer Klage vor.

Dem Fall des Unterganges der Sache steht gleich, wenn dieselbe bereits im Moment des Vertrages aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden war, vorausgesetzt nämlich, daß beide Theile von der entgegengesetzten Annahme ausgegangen sind. Auf einer Auction bietet Jemand auf ein seltenes Werk, und ein anwesender Antiquar veranlaßt ihn vom weitern Bieten abzustehen, indem er ihm „sein Exemplar" für den gebotenen Preis offerirt, dieses war aber, ohne daß er es wußte, bereits von seinen Leuten verkauft. Auf Erfüllung des Contracts kann hier meiner Ansicht nach nicht geklagt werden, denn beide Theile haben nicht irgend ein beliebiges Exemplar des Werkes, sondern ein in bestimmter Weise bezeichnetes Exemplar „sein Exemplar" im Auge gehabt, dies existirt aber nicht. Der Verkäufer hätte dies wis-

sen müssen, ist also der Käufer durch den Kauf in Schaden gekommen (er hat z. B. das Werk sich anderweitig verschafft, aber um einen ungleich höheren Preis, als es auf der Auction weggegangen ist), so hat er die act. emti wegen culpa in contrahendo.

Daß in diesem Fall in der That eine nicht existirende Sache verkauft ist, wird noch einleuchtender, wenn wir den Fall so setzen, daß der Verkäufer das Object nie besessen hatte. Die beiderseitige Absicht war hier ja nicht auf Lieferung eines Exemplars schlechthin gerichtet, sondern stillschweigend durch die Voraussetzung bedingt, daß der Verkäufer eins besitze. So wie das Legat einer bestimmt bezeichneten Rolle Geldes wegen Mangels des Gegenstandes nichtig ist, wenn der Testator die Rolle nie gemacht oder sie später aufgebrochen und verausgabt hat, dasselbe aber nicht in das Legat einer gleich hohen Summe Geldes verwandelt werden darf, ebenso wenig läßt sich der Verkauf eines individuell bestimmten und durch das Vorhandensein der bestimmenden Momente bedingten Gegenstandes in den eines abstract bestimmten übertragen. „Mein Exemplar" ist so viel, als: „wenn ich eins besitze."

Object des Verkaufs kann nicht bloß eine Sache, sondern auch ein Recht sein. Gelten hier dieselben Grundsätze? Wäre dies der Fall, so könnte jeder, der das Recht, welches er abzutreten versprochen, in Wirklichkeit nicht besitzt, z. B. eine Superficies, Emphyteusis, eine Erbschaft, Forderung, sich einfach hinter die Unmöglichkeit der Leistung wegen Nichtexistenz des Objects zurückziehen. Mit demselben Recht aber dürfte es dann auch der Verkäufer einer vermeintlich ihm gehörigen Sache, denn sein vermeintliches Eigenthum existirt ja ebenfalls nicht. Der Gegensatz der subjectiven und objectiven Unmöglichkeit nimmt hier eine etwas andere Ge-

stalt an. Letztere ist vorhanden, wenn das als existirend gesetzte Recht beziehungsweise dessen Uebertragung in thesi d. h. also nicht bloß für diesen Verkäufer, sondern für jeden unmöglich ist — hier ist der Vertrag nichtig und damit unserer Klage Raum gegeben. Dahin gehört wegen Unmöglichkeit des Rechts: der Verkauf der Erbschaft eines Lebenden oder (nach früherem römischem Recht) eines Haussohns, der Verkauf von Lotterieloosen nach der Ziehung, von Bannrechten, Privilegien u. s. w. in einem Lande, wo dieselben aufgehoben sind; wegen Unmöglichkeit der Uebertragung: Verkauf einer bestehenden Prädialservitut oder des Usus, nur würde in den beiden letzten Fällen und, wenn der Käufer ein Inländer war, also das Gesetz kennen mußte, auch in dem vorhergehenden unsere Klage wegen Rechtsirrthums auf Seiten des Käufers ausgeschlossen sein.

Anders dagegen, wenn das Recht, welches der Verkäufer sich beilegt, an sich existiren könnte, aber sei es überall nicht oder nur in seiner Person nicht existirt. Wer an fremdem Grund und Boden fälschlich eine superficies zu haben vermeint und dieselbe verkauft, hat das Erfüllungsinteresse zu leisten, und es ist daher gleichgültig, ob die superficies in der Person eines Andern existirt oder nicht; die Leistung derselben ist an sich möglich. Es ist daher auch ganz consequent, wenn das römische Recht bei dem Verkauf einer nicht existirenden Forderung den Verkäufer haften läßt[77]). Ob die gemeinte Forderung in der Person eines Andern wirklich existirt, — z. B. das Legat ist dem X vermacht, es gibt aber zwei dieses Namens, welche beide dasselbe in Anspruch nehmen,

77) l. 5 de her. vend. (18.4). Mit Unrecht erblickt Mommsen a. a. O. S. 135, indem er den im Text aufgestellten Unterschied übersieht, darin eine Abweichung von dem, was die l. 7 u. 8 ibid. für den Verkauf der Erbschaft festsetzen.

und von denen der eine seinen Anspruch cedirt, während der andere der wirklich Gemeinte war — oder ob dies nicht der Fall, kann hierfür keinen Unterschied machen, vorausgesetzt, daß nur eine solche Forderung wirklich existiren könnte. Daher würde z. B. der Verkauf einer Forderung aus verbotenen Spielschulden oder — in Ländern des französischen Rechts — des Anspruchs auf Alimente gegen den unehelichen Vater eine Verbindlichkeit nicht erzeugen — diese Forderungen sind juristisch ebenso undenkbar, wie die Erbschaft eines Lebenden — aber daß Jemand gegen den X keine Forderung aus dem Darlehn hat, begründet ebenso wenig eine Unmöglichkeit in seiner Person, wie daß er an der Erbschaft des X kein Erbrecht hat. Er könnte sie haben und weil er sie zu haben versichert hat, muß er dafür einstehen. An der Sache, die nicht existirt, kann dagegen Niemand Eigenthum haben.

3. Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens.

Die Form, in der der Wille in die Außenwelt tritt, ist die Erklärung desselben durch Worte und Handlungen. Die Aeußerung des Willens und der Wille selbst aber können divergiren, sei es, daß die Ernstlichkeit des Willens fehlt, die Aeußerung also nach Absicht des Redenden oder Handelnden eine wirkliche Bedeutung nicht haben soll, sei es daß zwar der Wille vorhanden, aber die Aeußerung ihn nicht deckt.

Dieser Möglichkeit gegenüber kann das Recht sich in doppelter Weise verhalten. Es kann ihr nämlich einmal allen rechtlichen Einfluß versagen, sich also behufs der Bestimmung der Frage, ob und was gewollt ist, lediglich an die von dem Wollenden selbst gewählten Ausdrucksmittel halten, so daß jede Berufung auf ein Anders-gewollt-haben, also nicht bloß die Berücksichtigung der Einreden der Simulation, des Scherzes und des Irrthums, sondern auch die Ermittelung

und Vervollständigung des wahren Willensinhalts auf dem Wege der logischen Interpretation ausgeschlossen ist. Diese Behandlungsweise ist im Wesentlichen die des älteren römischen Rechts; sie hat den Vorzug der absoluten Sicherheit für sich, dagegen den Nachtheil der äußersten Gefährlichkeit gegen sich. Das neuere römische Recht hat, indem es letzteren für überwiegend hält, sich für die entgegengesetzte entschieden, die Trüglichkeit der Willensäußerung als Prinzip anerkannt und die Möglichkeit einer Rectification, beziehungsweise einer gänzlichen Entkräftigung der äußern Kundgebung des Willens zugelassen — jenes mittelst der logischen Interpretation, dieses mittelst der Berufung auf Scherz, Irrthum u. s. w. Damit scheint es aber für die eine Quelle der Gefahren, die es verschließen wollte, eine andere geöffnet zu haben, nämlich die der Unsicherheit des anderen Theils. Zwar nicht mittelst der logischen Interpretation — denn sie beruht eben darauf, daß der wahre Willensinhalt erkennbar ist und, wie vom Richter, so auch vom andern Theil, hätte erkannt werden können und müssen[78]). Wohl aber mittelst der Zulassung jener Einreden des völlig mangelnden Willens. Wenn nicht die Umstände von der Art sind, daß sie dem Gegner den Glauben an die Zuverlässigkeit der Erklärung entziehen müssen, ist er vollkommen in seinem Recht, derselben zu trauen und hat nicht erst nöthig, durch wiederholte Fragen sich die sichere Ueberzeugung von ihrer Zuverlässigkeit zu verschaffen. Hat er nun

78) Diesen Gesichtspunkt muß man bei der Interpretation der Verträge streng festhalten, der Richter darf also solche Thatsachen und Umstände, welche zwar den wirklichen Willen des Redenden außer Zweifel setzen, aber dem Gegentheil nicht bekannt waren oder bekannt zu sein brauchten, nicht berücksichtigen, er hat m. a. W. nicht die Frage zu entscheiden: was war der wirkliche Sinn der Erklärung des Redenden, sondern wie mußte der Gegner nach den ihm vorliegenden Umständen sie auffassen.

in diesem Vertrauen den Contract für abgeschlossen angenommen und darauf hin seine Maßregeln getroffen, ihn ausgeführt, eine andere Gelegenheit zum vortheilhaften Abschluß desselben vorübergehen lassen, so tritt jetzt nachher sein Gegner mit der Behauptung auf, das Ganze sei nur ein Scherz gewesen, oder er habe sich verschrieben, in der Person oder Sache geirrt u. s. w., der Vertrag wird für nichtig erklärt, und der unschuldige Theil trägt die Kosten der Unvorsichtigkeit, Unachtsamkeit, Nachlässigkeit des Gegners.

Diese so klar zu Tage liegende Gefahr und Unbilligkeit ist nun in unseren Quellen, so oft sie auch dahin gehörige Fälle berühren, gar nicht weiter berücksichtigt. Ob die Römer dieselbe wirklich nicht gefühlt, möge auf sich beruhen, genug! sie ist vorhanden und es bedarf eines Schutzes gegen sie, und das römische Recht selbst gibt uns in dem Grundsatz der diligentia in contrahendo die Mittel in die Hand, den Schutz zu gewähren. Beim Contrahiren hat jeder für die Zuverlässigkeit seiner Willenserklärung einzustehen, ein Mangel derselben, welcher die vom Gegner angenommene Perfection des Contracts in Wirklichkeit ausgeschlossen hat, verpflichtet ihn zum Schadensersatz (S. 42).

Zu dem Fall der Unzuverlässigkeit der Willenserklärung (der Differenz zwischen Inhalt und Form des Willens) gesellt sich noch ein zweiter, nämlich der der Unzuverlässigkeit des Willens selber (der Differenz zwischen dem früheren Willen und dem jetzigen Nichtwollen). Der Gegensatz beider Fälle wird aus der folgenden Darstellung, der er zu Grunde gelegt ist, klarer werden.

A. Unzuverlässigkeit der Erklärung.

Dieselbe kann zunächst darauf beruhen, daß die Erklärung als eine ernstliche, d. h. eine Verbindlichkeit erzeugende gar

nicht beabsichtigt ist. Von den dahin gehörigen Fällen scheidet zuerst der der Simulation völlig aus, denn da derselbe beiderseitiges Einverständniß voraussetzt, so kann zwar eine dritte Person, nicht aber einer der Contrahenten selbst zur fälschlichen Annahme des Contracts verleitet werden, mithin zwar die act. doli, nicht aber unsere Klage begründet sein. Dasselbe möchte ich behaupten von dem Fall des Scherzes. Sind nämlich die Umstände so gestaltet, daß der Gegner den Mangel der ernstlichen Absicht erkennen mußte[79]), so ist letzterer selbst in culpa, wenn er dies verkannte, hat also aus diesem Grunde auf unsere Klage keinen Anspruch. Sind sie aber nicht derartig, so darf m. E. die Einrede des Scherzes gar nicht zugelassen werden, obschon immerhin aus den (dem Gegner zur Zeit des Abschlusses des Contractes nicht bekannten) Verhältnissen des Scherzenden der Nachweis mangelnder Ernstlichkeit des Willens erbracht werden kann[80]); es scheint mir hier ganz derselbe Gesichtspunkt Platz zu greifen, den ich in Note 78 für die Interpretation aufgestellt habe.

So scheint denn der Fall der absichtlichen Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung uns kein Beispiel für unsere Klage darzubieten. Allein es ließe sich doch eins denken. Um einem Anderen die Wechselform zu veranschau-

---

79) Es verspricht z. B. Jemand dem Kellner 100 Louisd'or, wenn er ihm eine recht gute Flasche Wein bringe.

80) In munterer Weinlaune machte sich Jemand den Scherz, indem er über den Markt ging, sämmtliche dort befindliche Fuder Heu zu kaufen und vor das Haus fahren zu lassen, das er soeben als Gast verlassen hatte. Die Verkäufer hatten nicht den geringsten Anlaß, auf seiner Seite einen Scherz anzunehmen, obgleich der Richter darüber gar nicht im Zweifel sein konnte. Anders dagegen in einem mir bekannten Fall, wo ein Studirender bei Versteigerung einer Kuh das höchste Gebot that und die scherzhafte Absicht desselben allen Anwesenden klar sein mußte.

lichen, setzt Jemand einen Wechsel auf, worin er selbst als Trassant, der Andere als Remittent und ein Dritter als Trassat figurirt. Der Andere nimmt das Formular mit und indossirt den Wechsel. Kann der Indossatar seinen Regreß gegen den Aussteller nehmen? Insoweit dies in Form des Wechselprozesses nicht möglich wäre, und unter der Voraussetzung, daß der Regreß gegen den Indossanten erfolglos bliebe, würde ich ihm unsere Klage gewähren, da es eine culpa von Seiten des Ausstellers war, daß er das Formular aus den Händen gab. Da bei einem wirklichen Wechsel das Indossament den Aussteller des Wechsels mit dem Indossatar in einen Obligationsnexus bringt, jener also, indem er den Wechsel an Ordre ausstellt, gewissermaßen in personam incertam contrahirt, so kann man mir nicht den Einwand machen, daß die culpa hier außercontractlicher Art gewesen.

Ungleich wichtiger, als der Fall der absichtlichen Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung ist der der unabsichtlichen. Der Redende hat zwar wirklich gewollt, aber nicht das, was der andere Theil in seinen Worten gefunden hat und finden mußte, sei es, daß er sich irrte, d. h. sich über ein wesentliches Moment des Vertrages eine der Wahrheit nicht entsprechende Vorstellung bildete, oder sich versah in der Mittheilung des Willens. Ein Theaterdirector, welcher eine Sängerin engagiren will, dieselbe aber mit einer andern gleichen Namens, z. B. ihrer Schwester, verwechselt und letztere engagirt, macht sich von der Person seines Contrahenten ein verkehrtes Bild, er irrt. Wenn er dagegen weiß, daß beide existiren und ihre Vornamen kennt, dagegen bei der Addresse sich im Vornamen verschreibt, so irrt er sich nicht, sondern er versieht sich in der Mittheilung seines Willens und wird dadurch Urheber eines fremden Irrthums. Betrachten wir zuerst den Fall des Irrthums.

So sehr es zu billigen ist, daß das Recht den wesentlichen Irrthum als Nichtigkeitsgrund anerkennt, so sehr bedarf doch diese Behandlungsweise unserer Klage ihres Complements. Oder sollte im obigen Fall die Sängerin, welche ihr bisheriges Engagement aufgegeben hat, bei ihrer Ankunft und der jetzt entdeckten Verwechselung einfach mit der Bemerkung abgefunden werden: es liege ein wesentlicher Irrthum in der Person vor, der Vertrag sei nichtig? Jeder wird zugeben, daß sie den gerechtesten Anspruch nicht bloß auf Ersatz der Reisekosten, sondern auch auf sonstige Schadloshaltung hat. Daß jener Apotheker oder Forstmann, welcher sich in der Meinung, daß das Werk von officinellen Wurzeln handle, bei seinem Buchhändler ein indo-germanisches Wurzellexikon bestellte, wegen Irrthums über wesentliche Eigenschaften des Objects an den Contract nicht gebunden ist, wird man billigen können; daß aber der Buchhändler, wenn der Verleger das Buch nicht zurücknehmen will, den Schaden tragen soll, verletzt jedes Rechtsgefühl.

Der wesentliche Irrthum kann eine Gestalt annehmen, in der man leicht versucht ist, statt der Grundsätze über Irrthum die über Auslegung doppelsinniger Ausdrücke zur Anwendung zu bringen. Eine reiche Quelle des gegenseitigen Mißverständnisses bietet namentlich die verschiedene Bedeutung mancher das Münzwesen betreffenden Ausdrücke dar; es gibt kaum einen Ausdruck, der nicht an diesem Ort eine andere Bedeutung hätte, als an jenem[81]). Gewöhnlich lehrt man, daß bei einem Streit

---

81) z. B. der Thaler (der preußische, der Thaler Gold in Bremen, der Kronenthaler in Süddeutschland); der Gulden (der süddeutsche und norddeutsche); der Groschen (3 Kreuzer, Silbergroschen, gute Groschen); Sechser (6 Kr., 6 Pfennige); Schilling (der hamburger = 40 auf einen preuß. Thlr., der mecklenb. = 48, der dänische = 128); Frank (französ. = 28 Kr., schweizer

der Parteien über den Sinn eines solchen Ausdrucks der Sinn des Orts entscheide, so daß also z. B. ein Ausländer, der in Bremen einen in Thalern angesetzten Contract abschlösse, sich den Thaler Gold gefallen lassen müßte. Allein dies halte ich in dieser Allgemeinheit für entschieden verkehrt. Richtig ist es nur unter der Voraussetzung, daß der Theil, welcher den Ausdruck in einem anderen als dem ortsgebräuchlichen Sinn genommen zu haben behauptet, letzteren kannte oder kennen mußte; hier hat er sich, indem er es unterließ, den Ausdruck in seinem Sinn zu bestimmen, dem ortsüblichen untergeordnet. Ganz anders aber in dem Fall, wenn er diesen Sinn gar nicht kannte, z. B. ein Franzose verschreibt sich auf Grund einer Ankündigung in einem schweizerischen Blatt einen Artikel, der in demselben in Franks schlechthin (ohne Bezeichnung desselben als schweizer Franks) angesetzt ist, ein Däne, der soeben nach Hamburg gekommen, fordert oder bietet für eine Waare eine bestimmte Anzahl Schillinge, indem er gar nicht weiß, daß der Ausdruck an diesem Orte einen anderen Werth anzeigt, als in seinem Vaterland. Hier wie dort liegt zwischen beiden Theilen ein Consens über den Preis gar nicht vor, und es hieße alle Grundsätze über den wesentlichen Irrthum verleugnen, wollte man hier einfach die Ortsbedeutung des gebrauchten Ausdruckes zur Geltung bringen. Das römische Recht erklärt den Vertrag bei einer Differenz der Parteien über den Preis ausdrücklich für nichtig[82]); wodurch das Mißverständniß veranlaßt worden ist, darauf legt dasselbe überall kein Gewicht, und so dürfen auch wir es nicht thun. Die beiderseitige Uebereinstimmung über die bestimmte Zahl

= 40 Kr.); Groten (bremer, oldenburger); Mark (Courant, Banco, dänische) u. s. w. Dieselbe Vieldeutigkeit wiederholt sich bei den Namen der Längenmaße und Gewichte: Elle, Fuß, Pfund u. s. w.

82) l. 52. Locat. (19. 2).

Franks oder Schillinge ist nur eine über das Wort, nicht über den Inhalt, die Geldsumme; in Wirklichkeit sind die Parteien über den Preis, dort in dem Verhältniß wie 7 zu 10, hier in dem wie 5 zu 16, aus einander.

Indem ich in diesen Fällen Richtigkeit annehme, unterstelle ich dieselben andererseits zugleich unserem Princip der culpa in contrahendo. Zu der Annahme, daß der Frank und Schilling auch außerhalb ihrer Heimath in der ganzen Welt dieselbe Bedeutung habe, waren beide Theil nicht berechtigt, sie mußten sich vorher darüber vergewissern; da sie dies unterlassen, haften sie für den daraus entstandenen Schaden, also unter Umständen für den ganzen, vom Gegner erwarteten Betrag. Ein Preuße, der in Bremen einen Kutscher für 10 Thlr. engagirt hat und erst nach Beendigung der Fahrt erfährt, daß Thaler Gold gemeint gewesen sind, wird letztere zu zahlen haben, weil das negative Vertragsinteresse hier dem positiven gleichkommt (S. 21).

Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit den durch Unkenntniß einer fremden Sprache oder technischer Ausdrücke, Fremdwörter rc. veranlaßten Mißverständnissen. Daß der Franzose, welcher nach Deutschland kommt, der deutschen Sprache nicht völlig mächtig ist, kann man ihm nicht zum Vorwurf machen, wohl aber, daß er in unserer Sprache contrahirt, ohne seiner Sache völlig sicher zu sein. Bedient er sich seiner Muttersprache, so dreht sich die Sache um; er, der sich vollkommen klar und deutlich ausgedrückt hat, ist nicht in Schuld, wohl aber sein Gegner, der sich zu einer Verhandlung in französischer Sprache verstand, ohne dazu im Stande zu sein; es war an ihm, sich vorzusehen und über die richtige Auffassung der gegnerischen Aeußerungen sich die nöthige Gewißheit zu verschaffen.

Dahin gehört ferner das Mißverständniß von üblichen

Zeichen, Abkürzungen[83]) u. s. w. Der Mechaniker, welcher bei Veröffentlichung seines Preiscourants sich der üblichen Zeichen für Meter, Zoll, Linien u. s. w. bedient, darf erwarten, daß jeder, der bei ihm bestellt, auch die Bedeutung derselben kenne, eine Verwechselung derselben von Seiten des letzteren kann also zwar möglicherweise den Contract nichtig, aber unmöglich ihn selbst von dem Vorwurf der culpa in contrahendo und deren Folgen frei machen.

In allen bisher angeführten Fällen würde dagegen, wenn der Contrahent, welcher den Ausdruck oder das Zeichen in einem anderen, als dem hier am Ort oder in dieser Geschäftssphäre hergebrachten Sinn genommen zu haben behauptet, diesen Sinn wirklich kannte, auf seine angebliche Willensverschiedenheit gar keine Rücksicht zu nehmen sein. Ein dänischer Kaufmann, der mit Hamburg in Verbindung steht, kennt die Verschiedenheit des Werths von „Mark" und „Schilling" in Dänemark und Hamburg, jedenfalls würde er mit seiner Behauptung, er habe den vom Verkäufer in Schillingen angesetzten Preis in seinem Sinn verstanden, gar nicht zu hören sein.

Ich wende mich jetzt dem Fall des Versehens zu. Der Beklagte hat gewußt, was er wollte, sich also nicht geirrt, aber in Mittheilung seines Willens einen Fehler begangen, der in dem Kläger einen Irrthum über seinen, des Beklagten, Willen hervorgerufen hat und hervorrufen mußte.

Rücksichtlich des Fehlers im Ausdruck wiederhole ich die obige (S. 76) Bemerkung über die Abgränzung des Gebiets der Interpretation von dem des wesentlichen Irrthums.

---

83) Ein Bekannter von mir bestellte bei einem hamburger Antiquar Bücher in dem Glauben, daß das in dessen Katalog gebrauchte Markzeichen Silbergroschen bedeutete; Käufer und Verkäufer waren hier um mehr als das Zehnfache des Preises aus einander.

Der Schluß, daß, weil ein Theil den Ausdruck in diesem Sinn auffassen mußte, auch der andere Theil an denselben gebunden sei, ist hier ein ebenso unberechtigter, als in den obigen Fällen des Irrthums. Es kann hinterher aus den Umständen auf's Unzweifelhafteste hervorgehen, daß der Redende sich nur aus Unbeholfenheit im Gebrauch des Ausdruckes vergriffen hat, allein wenn der dieser Umstände unkundige Gegner von seinem Standpunkte aus den Ausdruck in einem völlig anderen Sinn nehmen mußte, so hieße es dem Einen wie dem Anderen Unrecht thun, wenn man hier auf dem Wege der Interpretation eine gewaltsame Einigung herbeiführen wollte. Beide haben etwas Verschiedenes gewollt und haben sich nicht geeinigt, weil sie sich nicht verstanden haben. Der Vertrag ist also nichtig, aber der Theil, welcher durch seine Unklarheit das Mißverständniß herbeigeführt hat, haftet wegen culpa in contrahendo.

Eine eigenthümliche Form kann letztere bei der Abfassung von schriftlichen Aufträgen an dritte Personen annehmen. Wer einem Anderen den Auftrag giebt, „dem Ueberbringer dieses" eine bestimmte Summe einzuhändigen, hat es seiner eignen Unvorsichtigkeit zuzuschreiben, wenn an der Stelle des beabsichtigten Ueberbringers ein Anderer, der das Papier entwendet hat, dasselbe überbringt und die Summe erhebt. Ebenso, wenn er in der Bezeichnung der Summe eine Unvorsichtigkeit beging, z. B. sie bloß in Zahlen ausdrückte, ohne sie in Buchstaben zu wiederholen, und hinter den Zahlen so viel Platz ließ, daß noch eine hinzugefügt werden konnte[84]. Das

84) Ein einschlagender Fall, bei dem sich freilich die culpa auf beiden Seiten compensirte, ereignete sich mit einigen mir bekannten Personen. Zu einer derselben, dem A kam ein Kellner, der ihn früher bedient hatte, theilte ihm mit, daß er, nachdem er einige Zeit krank gelegen habe, in seine Heimath zurückzureisen beabsichtige, daß ihm jedoch

Mandat ist hier wie dort allerdings nicht perfect geworden, denn ein Mandat mit diesem Inhalt wollte der Mandant nicht, allein seine Unvorsichtigkeit ist Schuld daran, daß der Mandatar es in diesem Sinne nehmen mußte.

Das Gesagte gilt auch für den Fall, wenn Jemand zu einem bestimmten Zwecke (z. B. um für Jemanden, wie es an manchen Orten nöthig, bei einer öffentlichen Bibliothek Caution zu leisten) ein Blanquett ausstellt und auf das leere Blatt eine Anweisung, Bürgschaftübernahme u. s. w. gesetzt wird. Aus unserem Princip beantwortet sich auch die von einigen neuern Schriftstellern [85]) aufgeworfene und bejahte Frage, ob der Aussteller einer Schuldurkunde, eines Wechsels, Inhaberpapiers, dem diese Papiere wider seinen Willen abhanden gekommen sind, dem gutgläubigen Innehaber (Cessionar, Indossatar, Besitzer) dafür aufkommen müsse. Er muß es allerdings, aber nur nach Grundsätzen der culpa in contrahendo, d. h. der Empfänger erhält nur den Schaden ersetzt, also zwar, wenn er das Papier gekauft hatte, den Kaufpreis, aber, wenn es ihm geschenkt war, nichts.

Ich wende mich jetzt dem Versehen in der Mittheilung des Willens zu, und hebe zwei Fälle besonders hervor, den

noch 2 fl. am Reisegeld fehlten, um die er ihn und seinen Freund B ansprechen wolle. A, der kein kleines Geld hatte, gab ihm folgendes (nicht mit einer Adresse versehene) offene Schreiben an B. mit: „Lieber Freund! X bittet uns, daß wir ihm aus alter Bekanntschaft den noch fehlenden Theil seines Reisegeldes zuschießen sollen. Ich habe keine kleine Münze, gib Du ihm daher das Ganze; meine Hälfte daran bringe ich Dir morgen." X ging mit dem Schreiben zuerst zum B und bezeichnete als die ihm benöthigte Summe 3 fl., welche er erhielt, ohne daß B das Schreiben an sich nahm. Letzteres benutzte er sodann noch mit demselben Erfolg bei den gemeinschaftlichen Freunden beider C und D.

85) Bähr, Die Anerkennung S. 239 Note 3. Unger, Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere S. 125 Note 8.

der eignen schriftlichen Mittheilung und den der Bestellung derselben durch Mittelspersonen.

Daß ein Schreibfehler, insofern er wesentliche Punkte des Vertrages, z. B. die Summe, die Adresse betrifft, Richtigkeit des Contracts und als culpa in contrahendo eine Verpflichtung zum Schadensersatz zur Folge hat, bedarf nicht der Bemerkung. Dagegen scheint es mir nöthig, hier das Erforderniß der bona fides des andern Theils vorzugsweise in Erinnerung zu bringen. Auch in den bisher behandelten Fällen konnten die Umstände von der Art sein, daß sie dem Kläger den Gedanken eines Versehens auf der andern Seite aufdrängen mußten, so z. B. wenn aus der Unverhältnißmäßigkeit der ihm gebotnen Summe hervorging, daß der andere Theil über den Werth der Münzsorte irrte. Ein Kaufmann, der von einem Kunden, welcher gewohnt war, sich von einem Artikel nur 10—12 Pfd. kommen zu lassen, einen Brief erhält, in dem derselbe 10 Ctr. bestellt, wird argwöhnen müssen, daß derselbe versehentlich statt des Pfundzeichens das Centnerzeichen gemacht habe, und als rechtlicher Mann sich erst durch Nachfrage über diesen Punkt vergewissern. Ebenso wenn bei Artikeln, die per „Mille“ bestellt werden, z. B. Cigarren, der Auftrag auf 3 „Millionen“ lautet, oder wenn bei ihm eine Bestellung einläuft, aus deren Inhalt er abnehmen muß, daß der Besteller nicht ihn, sondern einen Concurenten gleichen Namens am selben Ort gemeint und sich nur im Vornamen versehen hat.

Auch Undeutlichkeit der Handschrift kann unter unsern Gesichtspunkt fallen, so z. B. wenn Jemand 1—2 Stück verschreibt, den Strich aber so klein und undeutlich macht, daß jeder die Zahl für 12 halten muß, oder sich individueller Abkürzungszeichen bedient, die der Gegner nicht anders auflösen konnte, als er es gethan hat. Dagegen würde letzterer wiederum nicht entschuldigt sein, wenn bei einem von dem Andern für irgend eine Lieferung bestimmten Termin die Züge

der Handschrift zwar auf Jan. = Januar, die Umstände aber auf Jun. = Juni deuteten.

Während bei der eignen brieflichen Mittheilung kaum ein Fall gedacht werden kann, wo die culpa nicht auf flacher Hand liegt, verhält sich dies bei der Mittheilung durch Mittelspersonen anders. Zwar wenn dem Absender aus der Wahl eines solchen Boten z. B. eines Kindes, eines zerstreuten oder geistesschwachen Menschen der Vorwurf der culpa in eligendo gemacht werden kann, ist auch hier ein Zweifel nicht möglich. Allein sehr fraglich wird doch diese culpa, wenn er sich eines ihm als völlig zuverlässig bekannten Menschen oder gar einer Staatsanstalt: des Telegraphen bedient. Soll er hier für den durch die falsche Bestellung seines Auftrages dem Gegner erwachsenen Schaden einstehen, so müssen wir deduciren, daß in der Wahl eines solchen Mittheilungsmittels selbst bereits eine culpa lag.

Und in der That nehme ich keinen Anstand, den, der sich solcher Mittheilungsmittel bedient, schlechthin für die Zuverlässigkeit derselben verantwortlich zu machen. Weder der Bote, noch der Telegraph gewähren die absolute Gewißheit der authentischen Uebermittelung der Erklärung, denn auch der zuverlässigste Bote kann einmal zerstreut sein oder etwas vergessen, und die Sicherheit der telegraphischen Mittheilung kann nicht bloß durch das geringste Versehen eines Beamten, sondern auch durch Gewitter, Störungen der Leitung u. s. w. gefährdet werden. Wer von einem Andern direct eine Mittheilung erhält, sei es eine mündliche oder schriftliche, hat damit die absolute Gewißheit ihrer Authenticität[86]), und wenn der

86) Wer als schreibunkundig den Brief durch einen Andern schreiben läßt, haftet natürlich, als wenn er ihn selbst geschrieben, für dessen Versehen und absichtliche Entstellungen.

Andere sich dabei ein Versehen hat zu Schulden kommen lassen, hat er dasselbe auch zu vertreten. Die mittelbare Mittheilung hingegen verschafft dem Versehen dritter Personen Zugang, setzt den andern Theil der Nachlässigkeit, Zerstreutheit von Leuten aus, die er dieserhalb nicht belangen kann (S. 53). Es kann zwar der Verkehr dieser Formen der Mittheilung in keiner Weise entbehren, allein wer sich ihrer bedient, muß sich ihrer Trüglichkeit bewußt sein und, wenn er es nicht dennoch darauf ankommen lassen will, in welchem Fall er auch selbst die Folgen zu tragen hat, sich über die richtige Bestellung seines Auftrages noch besonders vergewissern, so z. B. bei dem Telegraphen durch Rücktelegraphirung, beim Boten durch Erkundigung auf anderem Wege, bei der Mittheilung durch einen Correspondenten durch Vorlage und Unterzeichnung des von ihm geschriebenen Briefes. Wie aber auch immerhin die Sicherungsmaßregeln zu treffen seien, jedenfalls wagt der, welcher einem, wie die tägliche Erfahrung lehrt, trügerischen Mittheilungsmittel vor dem absolut sichern der eignen mündlichen oder brieflichen Aeußerung den Vorzug gibt, diese Wahl auf eigne Gefahr[87]).

Eine directe Aeußerung über unsere Frage liegt im römischen Recht nicht vor, dagegen gewährt dasselbe wenigstens einen gewissen Anhaltspunkt. Ich hoffe bei einer andern Gelegenheit das Princip nachweisen zu können, daß, wer eine Handlung, die ihm selbst obgelegen hätte, durch einen Andern ausführen läßt, schlechthin für die culpa, wer dagegen einen Andern zur Vornahme der Handlung nur auszusuchen brauchte, für dessen culpa nur dann haftet, wenn ihn

87) In dem S. 6 mitgetheilten Rechtsfall war daher die Verurtheilung des Absenders der telegraphischen Depesche durchaus gerechtfertigt.

selbst der Vorwurf der culpa in eligendo trifft[88]). Der Commodatar, der die Sache einem Andern zur Ueberbringung einhändigt, haftet schlechthin, wenn letzterer dieselbe fallen läßt, unterschlägt u. s. w., dagegen der auswärtige Kaufmann, der die bei ihm bestellten Waaren nicht selbst zu überbringen, sondern nur zu überschicken, d. h. einen Andern für das Ueberbringen auszusuchen hat, ist für nichts verantwortlich, wenn sich gegen die von ihm getroffene Wahl des Spediteurs oder Frachtfuhrmanns nichts einwenden läßt. In Anwendung dieses Unterschiedes auf unsere Frage werden wir sagen dürfen: jeder Contrahent hat seinen Willen selber zu äußern; wer sich zu dem Zweck anderer Personen bedient, thut dies auf eigne Gefahr, oder, um die Worte einer in der vorgehenden Note citirten Stelle zu benutzen, factum eorum praestare debet, cum ipse eos suo periculo adhibuerit.

Wie nun, wenn der Acceptant sich des Boten zur Uebermittlung seiner Rückäußerung bedient, und letzterer in Bestellung der Antwort eine culpa begeht?

Hier scheint sich die culpa in contrahendo auf seine Seite zu neigen, jedenfalls aber eine Compensation der beiderseitigen culpa eintreten zu müssen. Oder sollte man etwa den Gesichtspunkt geltend machen dürfen: wer auf Verlangen mit dem

88) S. z. B. l. 8 § 4 Mand. 17. 4) non sunt igitur excusati (tutores), quod contutori mandaverunt, quia (ipsi) emere debuerunt. l. 27 § 7 Loc. (19. 2) . . si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. l. 7 pr. Naut. (4. 9) . . nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit (womit zu vergleichen l. 5 § 6 de O. et A. (44. 7) . . aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur) l. 23 § 1 pro socio (S. 38). Dem obigen nach kann ich daher mit den Resultaten der kürzlich über diesen Gegenstand geschriebenen Abh. von Ubbelohde in dem Archiv für prakt. Rechtsw. B. 7 S. 229 fl. nicht übereinstimmen.

Boten umgehend Antwort zurücksendet, bedient sich dabei nur des vom Gegner gewollten Mediums der Mittheilung und kann mithin letzterem die Verantwortlichkeit dafür überlassen?

Ich muß bekennen, daß ich rücksichtlich dieses Punktes meiner Sache nicht ganz sicher bin, jedoch würde ich mich jedenfalls dann für die erstere Ansicht erklären, wenn entweder die complicirte Beschaffenheit der Rückäußerung oder die Persönlichkeit des Boten, z. B. eines Kindes, den Antwortenden zu besonderer Vorsicht, d. h. schriftlicher Antwort hätte verlassen sollen.

B. Unzuverlässigkeit des Willens selbst.

1. Widerruf der Offerte bei Contractsabschließung unter Abwesenden.

Das Contrahiren unter Abwesenden ist für den Oblaten mit einer eigenthümlichen Gefahr verbunden. In dem Moment, wo er die Offerte acceptirt, kann bereits der Brief unterwegs sein, der ihn von der Rücknahme derselben in Kenntniß setzen soll, bei ihm aber erst eintreffen, nachdem er bereits den Vertrag auszuführen begonnen. Nach römischem Recht ist der Vertrag hier gar nicht zu Stande gekommen, da es im entscheidenden Moment an dem gleichzeitigen Consens beider Parteien gefehlt hat (siehe darüber die analoge Entscheidung in N. 94), der Zweck der vom Oblaten getroffenen Maßregeln ist mithin vereitelt. Um ihn gegen diese Gefahr zu schützen, haben die oben (S. 48) genannten beiden neuern Gesetzbücher dem Offerenten das Recht des Widerrufs schlechthin entzogen, was zu weit gegangen sein möchte, während der Entwurf des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs (nach der zweiten Lesung) Art. 298 den Widerruf für wirksam erklärt, wenn er vor oder mit der Offerte eintrifft, und in legislativer Beziehung halte ich diese Bestimmung, jedenfalls für den handels-

rechtlichen Verkehr, für die geeignetste. Man könnte meinen, daß der Zeitpunkt, bis zu welchem der Widerruf eintreffen dürfte, ohne Gefahr für den Oblaten bis zum Moment der Acceptation hätte hinausgerückt werden dürfen. Allein einen gewissen Einfluß kann doch die Offerte schon vorher ausgeübt haben. Der Oblat hat z. B. sofort, wie sie eintraf, und mit Rücksicht auf sie eine andere Offerte, auf die es umgehender Antwort bedurfte, abgelehnt, und wenn man ihm auch vom Standpunkt des bestehenden Rechts aus den Einwand der eignen Unvorsichtigkeit (S. 43) machen kann, so verdient doch von dem legislativ-politischen aus die adoptirte Behandlungsweise für den kaufmännischen Verkehr entschieden den Vorzug. Mit dem Eintreffen der Offerte ist in Gemäßheit ihrer der Empfänger völlig sicher gestellt, er kann dieselbe sofort zur Basis seiner Operationen und Dispositionen machen, und gerade diese Sicherheit ist für den Handel von unschätzbarem Werth.

Dem römischem Recht ist, wie bemerkt, diese Behandlungsweise fremd — dasselbe läßt den Wankelmuth zu[89]). Aber indem letzterer einerseits das Zustandekommen des Contracts ausschließt, wird er andererseits die Ursache, daß der Oblat in Schaden geräth, und es knüpft sich mithin als natürliche Folge daran die Verpflichtung zum Schadens-

89) Daß derselbe in bestehenden contractlichen Verhältnissen zur Schadloshaltung verpflichtet, und daß davon kein Schluß auf entstehende Contractsverhältnisse gilt, ist bereits S. 27 bemerkt. In Anwendung auf letztere ist jedoch der (freilich nur auf das Institorenverhältniß bezügliche) Ausspruch der l. 11 § 5 de inst. act. (14. 3): sed si alius cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio, neque enim decipi debent contrahentes, beachtenswerth und man könnte allenfalls auch auf die exc. rei venditae verweisen, welche dem Empfämger der im Auftrage des Eigenthümers tradirten Sache zusteht, wenn letzterer widerrufen, bevor zwar tradirt, aber nachdem bereits verkauft war („si non auctor meus ex voluntate tua vendidit“ l. 14 de Publ. act. 6. 2).

ersatz[90]. Ob die Voraussetzungen unserer Klage hier wirklich vorhanden sind, kann höchstens hinsichtlich der culpa des Offerenten bezweifelt werden, denn im übrigen sind dieselben sämmtlich vorhanden: bona fides des Oblaten, Richtigkeit des Contracts und zwar Nichtzustandekommen desselben durch einen Umstand in der Person des Offerenten. Darf man nun eine Handlungsweise von Seiten des letztern, zu der das Gesetz ihm das Recht gibt: die Rücknahme der Offerte, als culpa bezeichnen? Ich nehme keinen Anstand diese Frage zu bejahen. Auch der Mandant, der Gesellschafter haben das Recht, jeder Zeit zurückzutreten, allein dies schließt an sich eine culpa in der Ausübung dieses Rechts keineswegs aus. Indem der Offerent widerruft, muß er sich sagen, daß der Adressat, wenn der Brief eintrifft, möglicherweise bereits mit Ausführung des Contracts begonnen hat; will er keinen Vorwurf auf sich laden, so muß er sich darüber, daß dies noch nicht geschehen, vorerst vergewissern oder seinen Widerruf an diese Bedingung knüpfen; unterläßt er es, so liegt darin die culpa, daß er auf's Ungewisse hin sich zu einem Schritt entschließt, der, jenachdem die Kunde davon dem Gegner noch zeitig oder zur Unzeit zukommt, letzteren gar nicht weiter berühren oder in Schaden bringen kann. Um sich selbst loszumachen, gibt also der Proponent nöthigenfalls den Gegner Preis, muthet ihm zu, das Opfer seines Wankelmuthes zu werden; neque vero, um mit einer kleinen Veränderung die Stelle in Note 89 zu benutzen, variatione voluntatis contrahentes decipi debent.

Wie in allen übrigen Anwendungsfällen setzt unsere Klage auch in diesem den äußerlich erfolgten Abschluß des

90) So auch Thöl, Handelsrecht I § 57 (Aufl. 3 S. 242). S. oben Note 24.

Contracts, also Acceptation von Seiten des Oblaten voraus; wegen seiner vorher unternommenen Handlungen kann er keine Schadloshaltung verlangen (S. 43). Die Acceptation selbst braucht aber nicht immer brieflich zu geschehen. Bei Bestellungen, Aufträgen u. s. w., welche nach Absicht des Absenders sofort ausgeführt werden sollen, ohne daß er eine Rückäußerung erwartet, liegt die Acceptation bereits in dem Beginn der Ausführung[91]). Der Commissionär, dem ein Auftrag zu einer Auction zukommt, der Schuster, bei dem ein Paar Stiefeln, der Kaufmann, bei dem eine Waare bestellt wird, haben nicht nöthig erst zu antworten, daß sie die Bestellung annehmen, sie antworten nur, wenn sie dies nicht wollen oder nicht in der gewünschten Weise. So wie sie mit der Ausführung der Bestellung beginnen, acceptiren sie, ja ich möchte die (uns hier freilich nicht weiter interessirende) Frage aufwerfen, ob in diesen Fällen, wo das Stillschweigen selbst als Antwort gelten soll, nicht in ihm bereits die Acceptation gefunden werden kann. Oder sollte man z. B. dem Kutscher, bei dem man auf den folgenden Tag eine Fahrt bestellt hat, wieder abbestellen können, weil und so lange er keine Antwort geschickt und mit der Ausführung nicht begonnen hat? Worin nun immerhin die Acceptation gelegen sein möge, ob im Schweigen, Antworten oder Ausführen, kurzum erfolgt sie zu einer Zeit, zu der der Proponent bereits den Widerrufsbrief abgesandt hatte, so ist zwar der Vertrag wegen mangelnden gleichzeitigen Consenses nicht zu Stande gekommen, allein der Acceptant war vollkommen in seinem Recht, das Gegentheil anzunehmen und demgemäß zu verfahren. Ob er sich dadurch zu positiven Handlungen oder zu einem Unter-

---

91) von Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts S. 311.

lassen bestimmen ließ, ist, wie bereits S. 22 bemerkt, völlig gleichgültig, es kann der nachtheilige Einfluß des vermeintlichen Contracts auch darin bestehen, daß man andere Gelegenheiten zum Abschluß desselben versäumt hat, und die rechte Zeit, um das Versäumte nachzuholen, inzwischen verstrichen ist.

2. Willensänderung bei Abschluß von Verträgen durch Mittelspersonen.

Soweit die Mitwirkung einer Mittelsperson, sei sie Bote, Stellvertreter oder Ersatzmann, überhaupt nach römischem Recht für den Mandanten Wirkungen erzeugen kann, setzt dasselbe bekanntlich als Regel volle Congruenz zwischen dem Auftrag und der Ausführung desselben voraus und zwar nicht bloß rücksichtlich des Inhalts, sondern auch rücksichtlich des Bestehens des Willens des Mandanten im Momente der Ausführung. Ist der Auftrag überschritten oder, auch ohne daß die Mittelsperson Kunde davon erhalten, zurückgenommen, so ist die Wirkung ausgeschlossen, welche sonst eingetreten sein würde. Insofern nun im letzten Fall die dritte Person sich nicht an den Mandatar schadlos halten kann (S. 54), befindet sie sich ganz in derselben Lage, und es entsteht für sie ganz dasselbe Schutzbedürfniß, wie in dem so eben erörterten Fall. Es wird keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, daß ihr auch hier in derselben Weise geholfen werden muß wie dort, der einzige Unterschied besteht ja nur darin, daß hier eine Person die Stelle des Briefes vertritt [92].

92) Der nürnberger Handelsgesetzentwurf Art. 45 hilft in anderer und für den kaufmännischen Verkehr gewiß geeigneterer Weise, wenn er dem Erlöschen der „Procura" eine Wirkung nur dann beilegt, insofern der Dritte darum gewußt hat oder hätte wissen müssen.

3. Tod des Offerenten vor der Acceptation bei Vertragsabschluß unter Abwesenden.

Wenn in dem Moment, wo der Brief oder die Mittelsperson dem Oblaten die Offerte überbringt, der Offerent bereits verstorben ist, so ist nach der Auffassung des römischen Rechts, welches das Zusammentreffen des Willens beider Contrahenten in demselben Zeitmoment verlangt, das Zustandekommen des Vertrages ausgeschlossen. Man kann über die legislative Zweckmäßigkeit und juristische Nothwendigkeit dieser Behandlungsweise streiten, — und ich selbst stelle beide in Abrede [93]) — aber daß sie in der That die des römischen Rechts ist, steht außer Zweifel [94]).

---

93) Ich halte es für ein romanistisches Vorurtheil, wenn man diese Behandlungsweise für die juristisch allein zu rechtfertigende erklärt. Warum kann man nicht statt des Princips, daß der Consens beider Theile in einem und demselben Zeitpunkt zusammentreffen müsse, das entgegengesetzte aufstellen, daß die beiden Willensacte in verschiedene Zeitpunkte aus einander fallen dürfen, so daß ein späteres Nichtwollen oder Nichtwollen-können (Tod) des Offerenten, sei es schlechthin, sei es beschränkt (wenn der Gegner keine Kunde davon hatte) nicht weiter in Betracht komme? Es würde ein weiteres Eingehen erfordern, als an dieser Stelle zulässig wäre, um dies zu begründen. Der nürnberger Handelsgesetzentwurf hat das letztere Princip in allen Anwendungsfällen adoptirt, nämlich rücksichtlich des Widerrufs 1) der brieflichen Offerte (Art. 298 f. oben S. 86), 2) der Vollmacht (Note 92); rücksichtlich der Einflußlosigkeit des Todes 1) bei „einem Antrag, Auftrag oder einer Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind (Art. 280), 2) bei der „Handlungsvollmacht und Prokura" (Art. 52). Wenn übrigens der Art. 280 die Aufhebung durch Tod in dem Fall zuläßt, wenn die darauf gerichtete „Willensmeinung aus seiner Erklärung oder den Umständen hervorgeht", so muß der Gegner wegen seiner Handlungen bis zum Eintreffen der Todesnachricht schadlos gehalten werden, und würden wir hier zur unserer Klage greifen müssen.

94) Diese beiden Fälle werden denn auch in einem Verhältniß,

Wenn nun der Oblat acceptirt, ohne den Tod des Offerenten zu kennen, und in dem Glauben, daß der Vertrag zu Stande gekommen, denselben ausführt, so spricht auch hier wieder die größte Billigkeit für den Ersatz des dadurch bewirkten Schadens. Aber wie den Anspruch rechtfertigen? Auf seiner Seite sind zwar die Voraussetzungen desselben sämmtlich vorhanden, allein wie läßt sich auf der anderen Seite die culpa deduciren? Man kann doch unmöglich das Sterben als culpa bezeichnen! Ich muß einräumen, daß meine Theorie hier an einen Stein des Anstoßes gerathen ist, über den ich sie ohne die gewaltsamste Anstrengung nicht hinwegbringen kann. Die Schadensersatzklage in diesem Verhältniß zu versagen, dagegen lehnt sich mein Rechtsgefühl in entschiedenster Weise auf, und lieber will ich glauben, daß ich bei der Construction meiner Theorie irgend einen mir selbst nicht bekannten Fehler begangen habe, als die Klage hier auszuschließen. Soll sie aber einmal gewährt werden, so bleibt nichts übrig, als die culpa in folgender Weise zu deduciren. Wäre unter

---

das mit dem unsrigen die größte Aehnlichkeit hat (insofern auch bei ihm die Willensacte mehrerer Personen, die der Strenge nach in demselben Zeit momente erfolgen müßten, sich über einen Zeitraum hinziehen), nämlich der successiven Bestellung einer Servitut von Seiten mehrer Miteigenthümer, sich gleichgestellt: l. 18 Com. praed. (8. 4) . . . perindeque sit atque si eodem tempore omnes cessissent et ideo si is, qui primus cessit, vel defunctus sit vel . . partem suam alienaverit (Widerruf), post deinde socius cesserit, nihil agetur. Bedürfte es für das im Text angenommene Erforderniß des gleichzeitigen Consenses bei Verträgen unter Abwesenden eines quellenmäßigen Beleges, so würde es kaum einen geeigneteren geben, als diesen. Was die Stelle für ihren Fall sagt: tantum tempus eis remissum est, quo dare facere possunt (ut) vel diversis temporibus possint und perinde habetur, atque si postremus cedat, omnes cessissent; igitur . . actus pendebit, donec novus socius cedat paßt mit Veränderung des cedere in consentire wörtlich für den Contractsabschluß unter Abwesenden.

Anwesenden contrahirt, so hätte der Tod jenen nachtheiligen Einfluß gar nicht ausüben können. Wenn nun ein Abwesender contrahiren will, so hätte er, um den anderen Theil gegen diesen nachtheiligen Einfluß sicher zu stellen, sich persönlich zu ihm bemühen müssen; thut er es nicht, sondern wählt er statt dessen den einfacheren Weg der Mittheilung durch einen Brief oder eine Mittelsperson, so substituirt er damit im Interesse seiner Bequemlichkeit eine Form, die den Gegner der angegebenen Gefahr aussetzt. Die culpa liegt also darin, daß er statt des allein sichern Mittels der eignen mündlichen Mittheilung auf Gefahr des Gegners ein unsicheres ergreift.

4. Zurücknahme einer öffentlichen Auslobung.

Obschon öffentliche Auslobungen auch dem römischen Leben nicht unbekannt waren [95]), so hat sich doch das römische Recht, so viel uns bekannt, nie bis zu deren rechtlicher Anerkennung verstiegen. Es hätte zu diesem Zwecke den aus alter Zeit überkommenen Grundsatz: daß Rechtsgeschäfte nur in personam certam möglich sind, wie für das Eigenthum und das Erbrecht [96]), so auch für das Obligationenrecht außer Anwendung setzen müssen [97]). An Veranlassungen dazu hätte es auch ihm nicht gefehlt, namentlich gab es ein Verhältniß, bei dem die Begründung obligatorischer Ansprüche

---

95) Apulejus Metam. lib. 6 (ed. Bipont. p. 123). Petron. Satiricon c. 97.

96) Bei jenem mittelst des jactus missilium (= traditio in personam incertam), bei diesem mittelst Zulassung letztwilliger Zuwendungen an personae incertae.

97) Vom Standpunkt des reinen römischen Rechts aus ist es daher vollkommen consequent, wenn Savigny, Obl.-R. II. S. 90 fl. die Wirksamkeit der Auslobung auf die act. doli beschränkt.

für Personen, deren individuelle Bestimmung noch von der Zukunft abhing, unabweisbar geboten war, nämlich die Arrogation eines Unmündigen. Der Arrogirende soll sich verpflichten, das Vermögen des Unmündigen, wenn derselbe während der Unmündigkeit stirbt, denjenigen Personen herauszugeben, an die dasselbe ohne Dazwischenkunft der Arrogation gefallen wäre. Welche Personen dies sind, läßt sich aber gegenwärtig noch nicht bestimmen, es sind personae incertae, mit ihnen kann also die Stipulation nicht abgeschlossen werden. In dieser Verlegenheit greift das römische Recht zu einer Vertretung derselben durch eine persona certa: den servus publicus; die Caution wird Letzterem bestellt [98]) und die Klage von ihm demnächst den Berechtigten cedirt.

Die Einschlagung dieses Umweges (mittelst dessen es übrigens auch der Auslobung die nöthige Sicherheit hätte verschaffen können [99])) zeigt, daß das römische Recht es noch nicht über sich gewinnen konnte, sich bei Begründung von Obligationen von dem Erforderniß der persona certa freizumachen. Die Gestaltung des modernen Verkehrs hat uns aber mit Gewalt über diese Beschränktheit hinweggeholfen; die Statthaftigkeit der Stellung von Obligationen in personam incertam ist eine Thatsache des heutigen Lebens, der gegenüber die Festhaltung des römischen Standpunktes nur noch bei den rein römischen Obligationsformen berechtigt ist.

Einen Anwendungsfall dieser modernen Form des Contrahirens in personam incertam enthält nun die Auslobung,

98) L. 18 de stat. hom. (1. 7).

99) Wie dies ja auch heutzutage wohl geschieht durch Deposition der versprochenen Geldsumme bei einer öffentlichen Behörde, s. z. B. den Rechtsfall in Seuffert's Archiv für Entscheidungen u. s. w. B. 9 No. 275.

und nach dem Vorgange mancher neuern Gesetzgebungen (S. 50) hat mit Recht auch die gemeinrechtliche Doctrin sich neuerdings mehr und mehr für deren Klagbarkeit erklärt. Im übrigen hat aber freilich die Theorie des Instituts noch keineswegs die nöthige Festigkeit erlangt, was mir namentlich bei Gelegenheit der Frage, die ich hier zu behandeln habe, fühlbar geworden ist und mir die Nöthigung auferlegt, mich mit derselben in's Klare zu setzen [100]).

Der Zweck jeder Auslobung ist der, eine Leistung zu erzielen, sei es einer Person oder mehrerer, das Mittel dazu ist eine in Aussicht gestellte Belohnung, auf welche, ohne vorhergehende Acceptation, die Leistung selbst den Anspruch gewähren soll. Daraus ergibt sich, daß öffentliche Ankündigungen, welche lediglich eine Aufforderung zum Abschluß eines Contracts in gewöhnlicher Weise enthalten, gar nicht unter diesen Begriff fallen, so z. B. Aufforderungen zum Zeichnen von Actien [101]) für eine zu errichtende Eisenbahn, zum Subscribiren auf erscheinende Bücher, Ankündigung von Waaren, Büchern u. s. w. zu einem bestimmten Preise. Der Contract entsteht hier erst durch die Zeichnung, Bestellung u. s. w., und es hängt von dem Urheber der Bekanntmachung ab, nicht bloß sie selbst jeder Zeit zurückzunehmen, sondern auch jeden, der darauf hin mit ihm contrahiren will, zurückzuweisen. Denn wo wäre sonst die Gränze seiner Haftung? Oder sollte er z. B., wenn mehr Waaren bei ihm verlangt würden, als er auf dem Lager hat,

---

100) Außer bei von Bülow, Abh. Bd 1. S. 271, der den Gegenstand zuerst eingehender behandelt, findet sich das Beste darüber bei Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht B. 2 § 96 Note 58, mit dessen Darstellung ich, abgesehen von den Folgen des Widerrufs, am meisten übereinstimme.

101) Seuffert, Archiv XI. No. 217.

sie liefern, gleich als ob er bereits mit jedem, der sich meldet, contrahirt hätte? Für das Publikum kann allerdings bei manchen Verhältnissen die Nichteinhaltung der öffentlichen Bekanntmachung mit den größten Unannehmlichkeiten verbunden sein, so namentlich bei solchen Bekanntmachungen, welche die Ordnung der öffentlichen Verkehrsmittel betreffen, den Fahrplänen der Eisenbahnen, Dampfschiffe u. s. w. Man darf an die Staatsbehörde die Anforderung stellen, daß sie bei Ertheilung der Concession zu einem derartigen Unternehmen durch Androhung von Strafen die strenge Innehaltung der veröffentlichten Pläne im Interesse des Publikums gewährleiste; allein vom Standpunkt des Privatrechts läßt sich gegen jene Gefahr keine Hülfe schaffen. So wie der Buchhändler, bei dem man auf Grund seiner Ankündigung ein Buch bestellen will, erst verpflichtet wird, wenn er die Bestellung annimmt, so auch die Eisenbahnverwaltung erst, wenn das Billet gelöst ist; bis dahin kann Niemand einen Anspruch gegen sie geltend machen, möge immerhin der Nachtheil, den man durch das fahrplanwidrige Aussetzen einer Fahrt erlitten hat, auch noch so groß und evident sein[102]. Man gelangt sonst dahin, daß bereits die bloße Absicht, mit einer solchen Anstalt zu contrahiren — und etwas weiteres liegt ja vor Lösung des Billets nicht vor — einen Anspruch gewähren würde, und es könnten sich bei Ausfall einer Fahrt Hunderte und Tausende melden, welche angeblich die Absicht gehabt haben wollten, mitzufahren.

Ganz anders aber stellt sich die Sache bei der Auslo-

102) Es ist z. B. Jemand weither zu einem bestimmten Tage nach einem Seehafen gekommen, um das auf diesen Tag angesetzte Dampfschiff nach Amerika zu benutzen und muß hier jetzt 14 Tage bis zur nächsten Fahrt warten. Als vorsichtiger Mann hätte er sich das Billet bereits vorher sichern müssen.

bung. Denn während in den so eben betrachteten Verhältnissen eine Offerte überall noch nicht vorliegt, sondern nur die Aufforderung an das Publikum, auf Grund der Ankündigung seinerseits Offerten zu machen [103]), verhält sich dies bei der Auslobung entgegengesetzt. Nach Absicht des Auslobenden will er sich die Entscheidung darüber, ob und mit wem contrahirt werden soll, nicht weiter vorbehalten, sondern wer auch immerhin die Leistung vollbringt, soll sein Gläubiger sein, die Leistung selbst also soll als Acceptation gelten.

Vergleichen wir das Verhältniß mit den gewöhnlichen Formen des Contrahirens, so könnte es scheinen, als ob es ein zweiseitiger Contract sei, bei dem beide Theile leisten, und bei dem das Abweichende nur in der Unbestimmtheit der persönlichen Richtung der Offerte liege. Dies ist jedoch unrichtig, denn bei einem zweiseitigen Contract werden zunächst beide Theile, bevor sie leisten, zur Leistung obligirt, hier hingegen entsteht in der Person des Bewerbers überall keine Verpflichtung, weder vor noch nach der Leistung. Wir werden also mit Nothwendigkeit auf den Gesichtspunkt des einseitigen Versprechens gewiesen. Die scheinbare Doppelseitigkeit der Leistung ist hier keine andere, als bei dem bedingten Versprechen, die Leistung des einen Theils fällt unter den Gesichtspunkt der Erfüllung der Bedingung; ob man einer bestimmten Person 10 fl. verspricht, wenn

103) Es ist also im wesentlichen derselbe Hergang, wie bei der Auction, nur mit dem Unterschiede, daß dort der Preis, um den der Ausbietende die Sache feil hat, bereits vorher bestimmt ist. In beiden Fällen wird die Aufforderung zu contrahiren in personam incertam gerichtet, und wer derselben entspricht, bietet, offerirt, und der Ausbietende acceptirt, während bei der Auslobung letzterer offerirt und der Leistende acceptirt.

sie den verloren gegangenen Hund wieder bringt, oder einer unbestimmten, macht abgesehen von dieser Verschiedenheit in der Bestimmung der Person keinen Unterschied. Daraus folgt, daß auch für dieses bedingte Versprechen die Grundsätze des römischen Rechts über die Bedingungen Platz greifen, namentlich also auch über die Vereitlung der Erfüllung der Bedingung der Satz: quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fit, quominus impleatur, perinde haberi debet, ac si impleta conditio fuisset [104]). Während aber bei dem gewöhnlichen bedingten Versprechen Acceptation und Erfüllung der Bedingung aus einander gehen, fallen sie hier zusammen, die Leistung bestimmt den Gläubiger, enthält die Acceptation und die Erfüllung der Bedingung.

Bei einem gewöhnlichen bedingten Versprechen kann die Bedingung sowohl in einem Ereigniß, als in einer Handlung des Gläubigers bestehen; ist dies auch hier möglich? Es wäre an sich denkbar, daß man z. B. demjenigen, der in dieser Stadt das hundertste Jahr erreichte, oder den in derselben zuerst geboren werdenden Drillingen mit verbindlicher Kraft eine Unterstützung aussetzen könnte. Allein der Verkehr erfordert diese Ausdehnung des Instituts nicht, er hat vielmehr überall und in allen Anwendungen, die er ihm gegeben, die Gränze der Potestativbedingung innegehalten. Es soll durch die Auslobung ein Handeln, eine Leistung erzielt werden; welcher Art, ist vollkommen gleichgültig, sie kann also in einem dare oder facere z. B. auch in dem bloßen Erscheinen bei einem Leichenbegängniß, in der ersten Ue-

---

104) L. 161 de R. J. (50. 17). So z. B. in dem Fall, wenn der Auslobende die eingegangenen Preisschriften den im voraus ernannten Preisrichtern nicht mittheilen will.

herbringung einer Nachricht u. s. w. bestehen [105]). Ebenso gleichgültig ist, welches Interesse der Auslobende an der Erfüllung der Bedingung hat, ob er sie in seinem oder im öffentlichen Interesse gestellt hat. Darum kann ich es auch nicht billigen, wenn man in dem Fall, wo derselbe an der Nichterfüllung der Bedingung ein Interesse hat, wie z. B. wenn ein Fabrikant eine Prämie aussetzt für den Nachweis, daß sein Fabrikat die gerühmten Eigenschaften nicht habe, der Auslobung ihre Wirksamkeit versagen will. Ganz abgesehen davon, daß das Publikum nicht immer wissen kann, wie es sich mit diesem Interesse verhält, und ob z. B. nicht der Brunnenpächter, dem von der Brunnenverwaltung die Abwesenheit eines gewissen schädlichen Stoffes im Mineralwasser garantirt ist, jetzt, nachdem sich im Publikum das Gerücht von dem Vorhandensein eines solchen verbreitet und damit seinen Absatz beträchtlich geschmälert hat, das größte Interesse daran hat, dies Vorhandensein zu constatiren, um seinen Contract kündigen zu können — ganz abgesehen davon ist dies mit den allein hier entscheidenden Grundsätzen über die Bedingungen durchaus nicht verträglich, und ohne der reinen Willkür zu verfallen, dürfen wir uns von diesem vom Recht selbst gegebenen wichtigen Anhaltspunkt nicht entfernen. Wer nicht aus einem einer bestimmten Person geleisteten derartigen Versprechen die Klage versagen will, darf es auch hier nicht, denn die Gründe, mit denen man die verbindliche Kraft in dem einen Fall zu bestreiten versuchen möchte, passen ganz auch für den anderen. Daß der Auslobende an dem Nichteintritt der Bedingung ein Interesse hat, kann doch hier

105) Es gehören auch die ausgesetzten Preise bei öffentlichen gymnastischen Uebungen, Volkslustbarkeiten, Viehschauen, Wettrennen u. s. w. hierher.

so wenig wie bei der Wette dahin führen, seinem Versprechen die verbindende Kraft abzusprechen; wer wettet, verspricht ebenfalls etwas unter einer Bedingung und wünscht deren Nichteintritt. Was ist es aber anderes, als eine einseitige, halbe Wette (d. h. bei der bloß der eine Theil für die Wahrheit seiner Behauptung etwas aussetzt), wenn Jemand dem andern für den Fall eine Belohnung zusichert, daß er ihm in einem bestimmten Stoff eine angeblich nicht darin befindliche Substanz nachweist, und wer wird Anstand nehmen, da die Wetten bei uns — leider! — klagbar sind, innerhalb der Gränzen, die das richterliche Ermessen hier rücksichtlich der Summe hat, auch bei einer solchen einseitigen Wette dem Gewinnenden einen Anspruch zuzuerkennen? Wenn aber einmal die Zulässigkeit des bedingten Versprechens in personam incertam einerseits und die Klagbarkeit der Wette andererseits anerkannt ist, so sehe ich nicht ab, warum die Combination beider: die einseitige Wette in personam incertam — die Popularwette — nicht klagbar sein sollte. In einem ihrer Anwendungsfälle wird man es überhaupt schwerlich bezweifeln, wenigstens sind mir bestätigende Entscheidungen bekannt; es ist dies der Fall einer von öffentlich auftretenden Gymnasten auf ihre Besiegung ausgesetzten Prämie. Was man aber für diesen Fall zuläßt, kann man ohne Inconsequenz für andere nicht ausschließen.

Ist die Auslobung ein bedingtes Versprechen, so folgt daraus, daß unbedingte Zusicherungen an unbestimmte Personen keine Obligation erzeugen, so z. B. öffentlich angekündigte Vertheilungen von Brennholz an Arme. Der Ankündiger kann hier, wie in den obigen Fällen (S. 96) nicht bloß die Zusicherung selbst jeder Zeit zurücknehmen, sondern auch ganz nach Gutdünken den einzelnen Bewerber abweisen.

Wie nun einerseits alles, was Gegenstand einer Pote-

statirbedingung sein kann, sich zur **Leistung** des **einen** Theils, so eignet sich alles, was Gegenstand eines **Versprechens** sein kann, zur **Gegenleistung** des anderen Theils, also nicht bloß ein dare, sondern auch ein facere jeder Art (z. B. das Versprechen der Erziehung, unentgeltlicher Wohnung).

Aus dem **Zweck** der Auslobung als einer Aufforderung an das Publicum ergibt sich die **öffentliche Bekanntmachung** derselben. Die Form ist gleichgültig, sie kann also in der eigenen mündlichen Mittheilung an das Publikum bestehen (so z. B. bei der Aufforderung des Gymnasten zum öffentlichen Wettkampf), in der durch öffentliche Ausrufer oder durch die Presse.

Dem Bisherigen nach können wir die Auslobung als ein auf eine Potestativbedingung gestelltes und in personam incertam gerichtetes einseitiges Versprechen oder, das letztere Moment mit einem Wort ausgedrückt, als **Popularversprechen** bezeichnen, welches acceptirt werden soll durch Erfüllung der Bedingung. Da vor der Acceptation noch Niemand einen Anspruch daraus erworben hat, so läßt sich von vornherein die Berechtigung des Promittenten zur Zurücknahme seines Versprechens nicht in Abrede stellen. Andererseits enthält aber diese Möglichkeit eine solche Gefährdung aller Personen, welche sich bereits der Lösung der gestellten Aufgabe unterzogen haben, daß man, ohne mittelst dieser Unsicherheit den praktischen Werth des Instituts gänzlich aufzuheben, das Publikum gegen eine solche Gefahr sicher stellen muß. Diese Sicherstellung ist in verschiedener Weise versucht worden, nämlich

1) **durch völlige Untersagung der Zurücknahme.** So im preußischen Landrecht. Es läßt sich nicht läugnen, daß diese Behandlungsweise den Vorzug der größten

Einfachheit für sich hat und sich auch juristisch durch die Analogie der Stiftungen rechtfertigen läßt. Eine Stiftung ist ja ebenfalls nichts anderes, als Aussetzung von Geld oder Gut in personam incertam. Eine Potestativbedingung ist auch bei ihr nicht ausgeschlossen, und der ganze Unterschied würde sich also darauf reduciren, daß die Auslobung sich mit einem Male consumirt, die Stiftung aber repetirt. Eine einmal ausgesetzte Preisfrage ist eine Auslobung, ein Fond zur periodischen Aussetzung von Preisfragen eine Stiftung. Wenn aber der Staat als Vormund der personae incertae es bei der letztern für nöthig erachtet, sie der Willkür des Gebers zu entziehen, so kann man es nicht für ungehörig erklären, daß er dasselbe auch bei der Auslobung thut.

Andererseits aber sind doch auch gegen diese Behandlungsweise gewichtige Bedenken erhoben worden [106]). Die Umstände, welche dem Auslobenden die von ihm durch die Auslobung erzielte Leistung wünschenswerth machten, können sich ändern, der Hund z. B., auf dessen Wiederverschaffung er einen Lohn gesetzt hat, ist toll geworden, die Brunnenpachtung im obigen Fall (S. 99) ist ihm gekündigt. So lange noch res integra ist d. h. Niemand sich zur Beschaffung der Leistung angeschickt hat, wird kein reelles Interesse durch die Rücknahme der Auslobung verletzt.

Auf dem Wege theoretischer Deduction, auf den die gemeinrechtliche Doctrin angewiesen ist, läßt sich diese Unwiderruflichkeit der Auslobung nicht gewinnen, auf ihm gelangt man im Gegentheil zur Statuirung des beliebigen Widerrufs bis zum Moment der erfüllten Bedingung. Aber andererseits hat sich doch die gemeinrechtliche Doctrin nicht verhehlen kön-

---

106) Bornemann, System. Darstellung des preuß. Civilrechts III § 206 (Aufl. 2 S. 194).

nen, daß es für die dadurch gefährdeten Interessen dritter Personen eines Schutzes bedürfe [107]). Dies führt uns auf die zweite der hier denkbaren Behandlungsweisen:

2) die Unwirksamkeit des Widerrufs gegenüber denen, welche bereits die Vorbereitungen zur Leistung getroffen haben. Die Vertheidiger dieser Ansicht [108]) stützen dieselbe darauf, daß in diesen Schritten bereits eine Acceptation enthalten sei, und dadurch auf Seiten des Gegners die Verpflichtung begründet werde, den Erfolg abzuwarten, welcher denn schließlich über den Anspruch entscheide.

Ich kann dieser Ansicht nicht beipflichten. Sie scheint hervorgegangen zu sein aus der Annahme, daß die Preisbewerber sonst völlig schutzlos sein würden [109]) — eine Annahme, deren Grundlosigkeit ich sofort nachzuweisen hoffe — und sie steht und fällt mit der Frage: ob man in jenen vorbereitenden Schritten bereits eine Acceptation finden dürfe. Ich kann mich dazu nicht entschließen. Die Acceptation ist erst erfolgt mit der wirklichen Erfüllung der Bedingung, alle vorbereitenden Maßregeln können also höchstens als Schritte zur Acceptation, nicht als Acceptation selber, ja nicht einmal als Beginn derselben gelten. — Denn wer verbürgt den Erfolg dieser Schritte oder nur einmal die fernere Fortsetzung

---

107) Schweppe, Das röm. Privatrecht B. 3 § 504 (Aufl. 4) läßt freilich die Auslobung bis zur Leistung des Dienstes, „weil ein Vertrag bis dahin gar nicht Statt findet," schlechthin widerruflich sein, ebenso Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilr. B. 2 § 238 (Aufl. 4).

108) Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen B. I S. 53, Puchta, Pandekten § 259, Sintenis a. a. O., Arndts, Pandekten § 241.

109) Sintenis a. a. O., „indem er sonst durch Aufwand in Nachtheil gerathen würde".

der Thätigkeit? Ist die Acceptation aber bloß angestrebt oder vorbereitet, so kann man ihr noch nicht die Wirkung beilegen, den Offerenten zu binden. Jene Ansicht kömmt also in Wirklichkeit darauf hinaus, den Rechtssatz, den sie aufstellt, anstatt zu deduciren, zu postuliren.

Ist dies Postulat nöthig? Darauf möge die folgende Ansicht [110]) die Antwort geben.

3. Zulässigkeit der Zurücknahme der Auslobung, aber mit Verpflichtung zum Schadensersatz wegen culpa in contrahendo.

Die Lage des Bewerbers, den mitten in seiner Thätigkeit der Widerruf der Auslobung überrascht, ist keine andere, als die eines Acceptanten bei Verträgen unter Abwesenden, der in gleicher Weise durch den Widerruf der Offerte betroffen wird. Beide haben im Vertrauen auf das Wort des Offerenten das, was er wünschte, unternommen und müssen jetzt die Erfahrung machen, daß ihnen der Erfolg, den sie sich davon versprachen, durch Willensänderung des anderen Theils vereitelt ist. So wie in dem einen Fall mußte der Offerent auch in dem anderen Fall sich bei seinem Widerruf die Möglichkeit einer solchen nachtheiligen Wirkung desselben vergegenwärtigen; wenn er es dennoch darauf wagt, so setzt er damit die Rücksichten außer Augen, die er beim Contrahiren gegen den anderen Theil nehmen soll d. h. er begeht eine culpa in contrahendo. In beiden Fällen greift sein Widerruf in ein noch in der Entstehung begriffenes contractliches Verhältniß ein, vereitelt durch Verhinderung dieser Entstehung die von ihm selbst gewünschte und veranlaßte Thätigkeit des anderen Theils. Man lasse sich nur durch eine Verschiedenheit in der

108) von Savigny, Obligationenrecht II S. 90 gelangt vom Standpunkt der act. doli aus zu demselben Resultat.

factischen Gestaltung beider Fälle nicht täuschen. Bei Verträgen unter Abwesenden erzeugt das Handeln auf Grund einer noch nicht acceptirten Offerte keinen Schadensersatzanspruch (S. 43); warum denn hier? Der Grund dieser Verschiedenheit liegt auf der Hand. Wenn dort der Oblat einen solchen Anspruch geltend machen wollte, so dürfte der Offerent ihm entgegnen: warum hast Du nicht, bevor Du zu handeln anfingst, die Offerte acceptirt? Du hattest das Mittel, Dich sicher zu stellen, in Händen und hast es nicht benutzt, die nachtheiligen Folgen Deines verfrühten Handelns hast Du nicht mir, sondern Dir selber zuzuschreiben. Der Auslobende hingegen kann dem Bewerber diesen Vorwurf nicht machen, denn letzterer kann und soll gar nicht erst mit Worten acceptiren, sondern sofort mit der That beginnen. Bei Verträgen wie Auslobungen haftet der Widerrufende, der den Andern zu einem contractlichen Handeln inducirt hat, aber bei jenen läßt sich von einem Induciren nur sprechen, wenn der Oblat, ohne den Widerruf zu kennen, acceptirt hat, bei diesen ist eine vorherige Acceptation durch den Willen des Auslobenden und den Zweck des Geschäfts ausgeschlossen.

Es ergibt sich aus dem Bisherigen, daß der Bewerber nicht den Nachweis zu führen hat, daß seine Handlungen auch wirklich den gehofften Erfolg gehabt haben würden. Dies läßt sich in vielen Fällen, wo zu dem Zweck eine Concurrenz der Preisbewerber hätte Statt finden müssen, aber wegen Rücknahme der Auslobung im voraus verhindert ist, gar nicht nachweisen.

Dagegen schließt hier, wie in allen Fällen der culpa in contrahendo, die eigne culpa den Anspruch auf Schadensersatz aus. Wenn also z. B. Jemand sich mit einem völlig untauglichen Pferde zu einem unter Aussetzung von Prämien

ausgeschriebenen Wettrennen einfindet, so kann er, wenn er erst jetzt erfährt, daß dasselbe verlegt ist, seine Reisekosten nicht ersetzt verlangen. Ebenso würde ich den Anspruch dann versagen, wenn der Auslobende sich zu dem Beweis erbietet, daß die Handlungen des Klägers auch bei unterlassener Rücknahme der Offerte gar keinen Erfolg gehabt haben würden, hier ist letzterer durch die Rücknahme gar nicht in Schaden gekommen, und das ist ja die Voraussetzung unserer Klage.

Ein anderer Anwendungsfall dieser Klage, zu dem die Auslobung Veranlassung geben kann, ist bereits oben (S. 50) bemerkt, und habe ich hier nichts weiter hinzuzufügen.

Ich schließe diese Abhandlung mit der Hoffnung, daß mir trotz der Sorgfalt, die ich auf die Sammlung der hierher gehörigen Fälle verwandt habe, noch manche entgangen sein mögen, und richte an jeden, der in der Lage ist, mir einen Beitrag zu liefern, die Bitte, mir denselben zukommen zu lassen, damit ich ihn für eine etwaige spätere Revision dieser Lehre benutzen kann.

Nachtrag.

Während des Druckes der Abhandlung geht mir das erste Heft vom 43. Bande des Archivs für civil. Praxis zu, worin sich S. 94—120 ein Aufsatz von Herrn Professor Fuchs in Marburg: „Einige Fragen aus dem Telegraphenrechte" befindet, der unter Bezugnahme auf eine bereits im vorigen Jahre erschienene, mir bisher entgangene Abhandlung von Reyscher in der Zeitschr. für deutsches Recht B. 19 S.

271—320: „Das Telegraphenrecht, insbesondere die Haftpflicht aus unrichtiger oder verspäteter Telegraphirung" und S. 456—477: „Urtheil des Landgerichts zu Cöln vom 28. Juli 1856, die Haftpflicht bei telegraphischen Briefen betreffend, mit Anmerkungen von Reyscher", den oben (S. 6 u. 83) besprochenen Depeschenfall behandelt. Obschon beide Abhandlungen mir keinen Anlaß geben, an meiner obigen Darstellung etwas zu ändern, so halte ich es doch der literarischen Vollständigkeit wegen für nöthig, sie hier noch nachträglich zu berücksichtigen.

Reyscher ist mit dem Urtheil des Landgerichts zu Cöln darin einverstanden, daß der wesentliche Irrthum in diesem Fall das Zustandekommen des Vertrages ausgeschlossen habe (S. 290), dagegen will er (S. 292 u. 472) den Grund, auf welchen das Gericht die Verurtheilung gestützt hat, nämlich die Haftung des Beklagten wegen der Verschuldung in der Wahl der Beförderungsmittel, nicht anerkennen. Die Worte der Entscheidungsgründe lauten:

> „In Erwägung, daß die elektrisch-magnetische Telegraphie zur Zeit noch ein mehr oder weniger ungenaues und unzuverlässiges Verkehrsmittel bildet, weil sowohl die bewegende Kraft und die ihr entgegenwirkenden, hemmenden und verzögernden Einflüsse noch nicht gehörig bekannt sind, als auch abgesehen von den rein mechanischen Operationen die Thätigkeit des dabei beschäftigten Personals wegen der ungewöhnlichen Eile und Schnelligkeit, worauf dasselbe der Natur der Sache nach angewiesen ist, leicht zu Versehen, Irrungen und Mißverständnissen Anlaß geben kann, weshalb denn auch sämmtliche Staaten, in deren Händen sich das Telegraphenwesen bisher befindet, jede Garantie ausgeschlossen haben, daß daher derjenige, welcher sich dieses unsichern Mittels zu seiner Korrespondenz bedient und die Vorsichtsmaßregeln, welche

zur Vergewisserung der **richtigen** Uebermittlung vorhanden sind, unterläßt, sich die Folgen von eintretenden Störungen und Irrungen selbst zuschreiben und den Andern dadurch verursachten Schaden ersetzen muß (Art. 1382 B. G. B.)" u. s. w.

Das erkennende Gericht ist also, wie man sieht, im wesentlichen von demselben Gesichtspunkt ausgegangen, den ich zu begründen versucht habe, dem der culpa, nur daß es freilich über die Frage, ob die culpa hier als außercontractliche (welche letztere der citirte Art. 1382 allein im Auge hat) oder als contractliche aufzufassen sei, sich nicht näher erklärt.

Reyscher bestreitet die Zulässigkeit dieses Gesichtspunktes. Denn wenn auch die Mittheilung durch Telegraph nicht diejenige Sicherheit darbiete, wie ein schriftlicher Briefwechsel, so könne man doch Niemanden aus der Benutzung des als Verkehrsmittel von der kaufmännischen, ja von aller Welt, auch von öffentlichen Behörden angenommenen und obschon weniger sicheren, als die Post, doch geradezu unentbehrlichen Telegraphen einen Vorwurf machen. Die „ungewöhnliche Eile und Schnelligkeit, worauf das dabei beschäftigte Personal der Natur der Sache nach angewiesen sei," komme bei Posten und Eisenbahnen nicht minder vor, könne aber eine Verantwortung dafür nicht auf den Absender werfen. Und wenn der Adressat das Telegramm angenommen und ausgeführt habe und sich selbst des Telegraphen bediene, wie könne er dem Absender eben daraus einen Vorwurf machen? Die von **Koch**, Deutsches Eisenbahnrecht Abth. 2 S. 351 Note 3, geltend gemachte Analogie der Verantwortlichkeit des Absenders eines Boten für dessen Versehen weis't **Reyscher** zurück, indem er diese Haftbarkeit bestreitet. „Wer einem falschen Boten vertraut oder einem wirklichen Boten weiter Gehör gibt, als dieser beglaubigt ist, hat sich selbst die Schuld seiner Leichtgläu-

digkeit beizumessen; er kann sich nur an denjenigen halten, der ihn getäuscht hat.'' Bei allen Irrungen in der Depesche, betreffen sie Adresse, Namen des Absenders oder Inhalt, komme der Vertrag nur scheinbar zu Stande, der Absender aber hafte nur für seine wirkliche Willenserklärung. Eine Modification trete nur ein, wenn letzterer die Gefahr des Versehens übernommen, was stillschweigend durch Auftrag zu sofortiger Ausführung des Auftrags geschehe und bei einem fortdauernden Vertragsverhältniß des Adressaten zum Absender (namentlich als Commissionär oder Diener desselben) zu präsumiren sei. Ebenso, wenn er z. B. durch undeutliche Handschrift den Irrthum des Telegraphisten verschuldet habe. Dagegen könne man in der Unterlassung der Collationirung durch Zurücktelegraphirung der Depesche eine Verschuldung von seiner Seite nicht finden, indem diese Collationirung in dem Reglement des deutsch-österreichischen Telegraphen-Vereins von 1857 nicht mehr vorgesehen sei.

Nach dem Eindruck des ersten Aufsatzes von Reyscher zu urtheilen, würde ich geglaubt haben (so auch Fuchs a. a. O. S. 101 Note 10), daß er die Entscheidung des Cölner Gerichts mißbillige, allein im zweiten Aufsatz S. 477 erklärt er sich mit derselben einverstanden, indem er den Grund geltend macht: das cölner Haus habe dadurch, daß es einen unverkennbar eiligen Auftrag ertheilte, die Verantwortlichkeit für mögliche Unrichtigkeiten der Telegraphirung stillschweigend übernommen; eine Rücktelegraphirung von Seiten des Klägers sei den Umständen nach gar nicht mehr möglich gewesen, indem der damit verbundene Zeitaufschub die Ausführung des aufgetragenen Geschäfts geradezu verhindert haben würde.

Fuchs sucht allgemein den Satz zu begründen, daß, wenn durch unrichtige Telegraphirung ein Schaden entstehe, diesen der Ab-

sender, nicht der Empfänger zu tragen habe. Mittelst des Gesichtspunktes der culpa lasse sich zwar dieser Satz nicht deduciren, indem der Telegraph wegen der das Risiko weit überwiegenden, auf anderem Wege schlechterdings nicht zu erreichenden Vortheile im allgemeinen Verkehr ein übliches Correspondenzmittel geworden sei, „diese Eigenschaft aber für dessen Anwendung den Begriff der culpa ausschließe," andererseits aber die Unterlassung der Collationirung durch Rücktelegraphirung als einer außerhalb der Gränzen gewöhnlicher Umsicht liegenden Maßregel dem Absender nicht zum Vorwurf gemacht werden könne. Die Haftung lasse sich vielmehr nur so begründen, daß der Absender die Depesche, wie sie abgegeben werde, als seine Aeußerung anerkenne und für den „Vortheil der Schnelligkeit, welchen ihm in diesem Maße kein anderer Communicationsweg zu bieten vermöge, das Risiko, welches die telegraphische Correspondenz ihrer technischen Einrichtung gemäß nothwendig im Gefolge habe, mit in den Kauf nehmen müsse". Durch die Wahl dieses Correspondenzwegs übernehme er stets stillschweigend die Gefahr — nicht weil er sie verschuldet, sondern weil er sie in seinem eignen Interesse veranlaßt habe. Diese stillschweigende Garantieübernahme sei in allen Fällen anzunehmen, nicht bloß in denen, auf welche Reyscher sie beschränke. Der Auftrag zum sofortigen Handeln liege stillschweigend in jeder Depesche, nämlich darin, daß man sich ihrer und nicht der brieflichen Mittheilung bedient habe, und, ob Absender und Addressat in einem dauernden oder vorübergehenden Verhältniß ständen, könne nichts releviren, indem, wenn einmal der Gesichtspunkt, daß die Entstellung der Depesche den Consens und damit die Haftung ausschließe, der maßgebende wäre, derselbe in dem einen Fall nicht minder, als im andern zur Anwendung gelangen müßte.

Wenn man den von Reyscher aufgestellten Gesichtspunkt einer stillschweigenden Garantieübernahme überhaupt für anwendbar hält, so ist es nur zu billigen, wenn Fuchs denselben in allen Fällen telegraphischer Mittheilung zur Geltung bringen will, und ich stimme letzterem in allem, was er gegen Reyscher sagt, vollkommen bei. Durch das jedoch, was beide gegen den von dem cölner Gericht und unabhängig davon von mir benutzten Gesichtspunkt der culpa vorbringen, habe ich mich von der Irrigkeit desselben nicht zu überzeugen vermocht. Denn

1. der Umstand, daß die Benutzung des Telegraphen allgemein üblich, ja unentbehrlich ist, schließt seine Eigenschaft als eines unsicheren, trügerischen Mittels der Mittheilung nicht aus. Im Leben bedient man sich gewiß nicht minder selten, wenn nicht noch häufiger des Boten, und wenn man den Maßstab darnach nimmt, was allgemein geschieht, so läßt sich der Gebrauch beider Mittel gewiß nicht als culpa bezeichnen. Allein wenn man seinen Maßstab nach der Tauglichkeit dieser Mittel bestimmt, so muß man eingestehen, daß beide an Zuverlässigkeit hinter der eignen mündlichen oder schriftlichen Mittheilung weit zurückstehen, und daß, wer sich ihrer bedient, es darauf wagt, riskirt. Er „veranlaßt", wie Fuchs selbst sich ausdrückt, „die Gefahr;" ich wüßte nicht, warum man nicht sagen dürfte: er hat sie verschuldet. Er hatte die Wahl zwischen einem absolut sichern und einem erfahrungsmäßig unzuverlässigen Mittel; im eignen Interesse entscheidet er sich für letzteres und gefährdet damit den andern Contrahenten — ist dies keine culpa?

2. Daß das Reglement von 1857 die Collationirung hat hinwegfallen lassen, hat nur den Sinn, daß dieselbe nicht mehr für den einfachen Gebühransatz verlangt werden kann,

nicht aber den, daß der Absender der Depesche, wenn er auf Rücktelegraphirung besteht und für letztere als eine zweite Depesche ebenfalls die Gebühren bezahlt, sie nicht erreichen könnte. Unterläßt er der Kostenersparniß wegen diese Vorsichtsmaßregel, so trifft ihn der Vorwurf, das einzig ausreichende Mittel zur Abwendung eines Irrthums unbenutzt gelassen zu haben, und ich kann auch hier wiederum darin, daß diese Unvorsichtigkeit allgemein ist, keinen Grund erblicken, sie nicht als culpa zu bezeichnen.

Wenn übrigens Reyscher den Absender eines Boten schlechthin von aller Verantwortlichkeit für dessen Versehen freisprechen will, so möchte ich fragen, warum dieselben Voraussetzungen, unter denen er den Absender der Depesche für haftbar erklärt, nicht auch im Fall des Boten dieselbe Wirkung begründen sollen. Die Lage des Adressaten, dem durch das eine oder andere Medium der Auftrag zu sofortigem Handeln zukömmt, ist ja in beiden Fällen ganz dieselbe, hier wie dort konnte und sollte er sich nicht erst durch Nachfrage beim Absender über die Authenticität der Meldung vergewissern. Oder soll der Kutscher, statt, wie die Bestellung lautet, sofort anzuspannen, erst Jemanden schicken, um sich zu überzeugen, daß der Bote sich nicht versehen hat? Meiner Ansicht nach hat Koch, indem er beide Fälle völlig gleichstellt, vollkommen das Richtige getroffen, und ebenso hat der Absender der Depesche in dem von ihm mitgetheilten Fall dadurch, daß er seine Ersatzverbindlichkeit aus freien Stücken anerkannte, nur bewährt, daß das gesunde Rechtsgefühl des Laien in der Regel mit dem, was die Jurisprudenz erst auf dem Wege mühsamer theoretischer Deduction zu begründen hat, zusammentrifft.

II.

Ueber fingirte Persönlichkeit.

Von

Herrn **Demelius**,

ordentlichem Professor des römischen Rechts in Krakau.

Während die Tendenz meiner kleinen Schrift über die Rechtsfiktion mannichfache Billigung zu finden scheint[1]), bin ich hinsichtlich eines in ihr berührten Punktes auf entschiedenen Widerspruch gestoßen[2]). Ohne auf die Analyse des Brinzischen Vergleichs „Vogelscheuche“, welche Arndts in der Anzeige meines Buchs liefert, einzugehen, giebt mir letztere Veranlassung auf einen Gegenstand ausführlicher zu kommen, welcher nach dem Plane meiner Arbeit nur andeutungsweise

1) So außer meinem Recensenten im Centralblatte und Leipziger Repertorium auch z. B. Girtanner, Stipulation S. 192, 358. Fitting, Münchener krit. Vierteljahresschrift I S. 82. Dagegen hat Arndts bei der Anzeige meines Schriftchens, krit. Vjschr. I S. 93—104 darüber sich nicht ausgesprochen, ob er das von mir verworfene Operiren mit Fiktionen, wie es jetzt ziemlich allgemein herrscht, für billigenswerth hält oder nicht. S. auch Arndts, Pand. § 41 Anm. 4.

2) Arndts, Krit. Vjschr. a. a. O.

berührt werden konnte, zumal der dort bezweifelte Werth der „juristischen Persönlichkeit" auch andererseits gleichzeitig warm in Schutz genommen worden ist[3]). Folgendes möge zur Ergänzung meiner früheren Andeutungen dienen.

Bei Unger finden sich einige Bemerkungen über Fiktionen im Allgemeinen[4]). Auf sie gehe ich einleitungsweise kurz ein. Fiktionen werden nach Unger entweder vom positiven Rechte oder von der Rechtswissenschaft gemacht[5]). Die der ersteren Kategorie heißen ihm practische Fiktionen, die der letzteren theoretische; letztere sollen dann eine didaktische oder eine konstruirende Tendenz haben. Um uns zu überzeugen, daß es nur eine Art von Fiktionen giebt, Gleichstellungen eines rechtlich zu normirenden Verhältnisses mit einem andern schon normirten, daß sie stets nur Mittel des Ausdrucks sind — fassen wir Unger's einzelne Arten ins Auge. Zunächst kann allerdings die Fiktion unmittelbar im Gesetz gegeben sein oder erst durch juristische Betrachtung und Ausführung gewonnen werden. Allein auch im letzteren Falle thun die Juristen Nichts, als daß sie den gegebenen Satz des positiven Rechts erkennen und dann das Kind beim rechten Namen nennen. Vielleicht müssen die Gesetzesworte für die Wissenschaft weichen und einer kürzeren, schlagenderen Terminologie Raum geben. Allein es ist doch immer nur Terminologie. Jede Fiktion, jede Gleichstellung steht im Gesetz; nur muß sie herausgelesen werden. Machen kann die Wissenschaft keine. Unger's „praktische Fiktionen enthalten eine Rechtsvorschrift, aus welcher eine Anzahl praktischer Konsequenzen gezogen werden." Alle Fik-

3) Unger, Zur Lehre von den juristischen Personen, krit. Ueberschau VI S. 147 ff.

4) A. a. O. S. 166 ff.

5) Die prätorischen Fiktionen, von denen Unger bei dieser Eintheilung absieht, würden natürlich zur ersten Kategorie gehören.

tionen enthalten entweder solche Rechtsvorschriften, nämlich Gleichsetzungen, oder sie sind gar nicht vorhanden. Den Grund aber, warum das positive Recht Fiktionen mache, giebt Unger so an: „Das Recht macht Fiktionen, um einen Zweck, dessen Realisirung wünschenswerth erscheint, in einer Weise zu erreichen, wodurch die Harmonie des ganzen Rechtsgebäudes nicht gestört wird, um nicht Bestimmungen aufzunehmen, welche im Widerspruch mit den Fundamentalsätzen des Rechts wären und als undisciplinirte Anomalien dastünden; zu diesem Behufe beugt das Recht die Thatsachen unter seine Regel, statt sich vor der Herrschaft der Thatsachen und unterordnet die Fakta lieber seiner Macht, als sich den Faktis unterzuordnen.“ Wäre dem so, dann gestehe ich, wären die Fiktionen in der That, wenn nicht Poesie, doch Rechtsdichtung. Als wenn das Recht, die Macht des nationalen Geistes und Verkehrslebens, indem es neue Lebensnormen producirt, nach den Begriffen und Sätzen fragte, welche seine Diener zu ihrer Bequemlichkeit sich abstrahirt haben, und welche im besten Falle Anspruch haben, so lange als richtig zu gelten, als das Material sich nicht verändert, aus dem sie abstrahirt sind. Auch wenn das Recht ausschließlich im Kopfe oder durch den Kopf der Juristen entstünde, würde es ihnen wohl Noth machen, die Thatsachen zu beugen. Nach gewöhnlicher Logik, die wir auch als Juristen am besten thun beizubehalten, würden wohl eher die Regeln brechen müssen. Gelänge es aber den Juristen, dem neuen Satze einen Ausdruck zu geben, bei welchem sich bestehende Rechtssätze und Rechtsbegriffe benutzen ließen, und träfen sie mit diesem Ausdrucke wirklich und scharf den Inhalt des neuen Satzes, so ersparten sie sich vielleicht Arbeit, erhielten der Rechtssprache hergebrachte, leichtverständliche Redeweisen. Mit der größten Kunst aber vermöchten sie es nicht zu verhindern, daß der neue Satz möglicherweise in direktem

Widerspruche steht mit bisher ausnahmslosen Regeln. Die Thatsache, daß der neue Satz dem alten widerspricht, könnte man nur beugen durch Beugung des Inhalts von einem der beiden — oder durch Beugung der Logik. Die prätorischen Formelfiktionen sind gewiß practische und positivrechtliche in Unger's Sinne. Das aber glaube ich mindestens nachgewiesen zu haben, daß sie bloße Form des Ausdrucks sind, keine „harmonischen Vermittelungen", keine „Disciplinirung der Thatsachen", was auch Arndts (S. 101) zugiebt und eigentlich schon Puchta[6]) hervorgehoben hat. Und ganz ebenso, wo Gesetze fingiren. Der Redaktor der lex Cornelia hat gewiß nicht den Satz retten wollen, daß vom Feinde gefangene Bürger capitis deminutio maxima erleiden[7]) und auch nicht den andern, daß durch dieses Ereigniß im Allgemeinen Testamente fallen. Er hat vielmehr für den speciellen Fall der Kriegsgefangenschaft bestimmen wollen, daß nicht die regelmäßigen Wirkungen eintreten sollen, sondern andere, und letztere waren nun gar nicht anders kurz zu bezeichnen, denn als ebendieselben atque si u. s. w. Ich kann nicht sehen, wie gegen die Behauptung Windscheid's[8]), daß nichtsdestoweniger (trotz der fictio legis Corneliae) das Testament eines Sklave Gewordenen wirklich anerkannt ist, etwas Stichhaltiges einzuwenden wäre.

Dringender noch erscheint mir die Auseinandersetzung bezüglich der theoretischen Fiktionen, derjenigen mit didaktischer oder konstruirender Tendenz. Daß Fiktionen Ausdrucksformen

---

6) Kursus der Institutionen § 165.

7) Ob das übrigens ein richtiger Ausdruck ist für die Wirkungen der Kriegsgefangenschaft, was bekanntlich jetzt Voigt bestreitet, lasse er hier dahin gestellt sein.

8) Actio S. 286.

sein können auch für ganz allgemeine Sätze, Rechtsprinzipien und als solche häufig erst durch die Wissenschaft formulirt werden, — daß solche Formeln großen Werth haben können für die Dogmatik und somit auch für den juristischen Unterricht, wer wollte das läugnen[9])? Allein verwerflich ist erstens, daß sich das „Retten von Fundamentalsätzen", das „harmonische Vermitteln", das „Discipliniren der Anomalien" auch in diese didaktischen und konstruirenden Bestrebungen unverkennbar eingemischt, wie beispielsweise eben an der juristischen Person gezeigt werden soll. Ferner, daß nur zu leicht das Streben nach Gleichsetzung, das Fingiren der juristischen Präcision Eintrag thut, wofür ebenfalls nachfolgende Erörterungen nähere Belege liefern werden. Was namentlich die „didaktisch-pädagogische Tendenz" anlangt, so soll zwar nicht in Abrede gestellt sein, daß dem Laien, namentlich wenn er an abstraktes Denken nicht gewöhnt ist, der Begriff des Gemeindevermögens vielleicht dadurch veranschaulicht werden kann, daß man ihm sagt: die Gemeinde wird „gleichsam", „wenn du willst"[10]) wie eine Person vorgestellt. Vielleicht gelingt es ihm vermöge dieses Vergleichs sich einigermaßen in das betreffende Dogma hineinzudenken. Allein über das „gleichsam, wenn du willst" hinauszugehen, die angebliche Fiktion zum systematischen Gelenk zu erheben, zu einem auf exakte, juristische Wahrheit Anspruch machenden Dogma, damit die Thatsache beseitigen zu wollen, daß es Vermögensganze und also auch einzelne Rechte giebt,

9) Rechtsfiktion S. 77 a. E. 79. 81. Ganz mit meiner Auffassung auf Eins hinaus kommt die Aeußerung Dankwardt's, Nationalökonomie und Jurisprudenz 2. Hft. S. 8 Anm. 14. „Solche Operationen — man kann sagen Fiktionen, macht der Verstand, um eine Menge Einzelheiten unter einen einfachen oder bereits bekannten Gesichtspunkt zu bringen."

10) Arndts S. 93 ff.

welche keinem willenseinheitlichen Subjekte angehören, das kann durch kein pädagogisches Bedürfniß gerechtfertigt sein. Es scheint, als müßten die juristischen Dinge begriffen werden, wie sie sind, nicht so und so präparirt werden, damit sie von den „Laien" begriffen werden können. Sollte die Fiktion der Persönlichkeit für den ersten Unterricht aber auch unentbehrlich sein, so müßte sie doch, sobald es sich um strengwissenschaftliche Erörterung handelt, weggeworfen werden, wie stereometrische Größe von Pappendeckel.

Um nun nicht, wie mir Arndts[11]) vorwerfen will, über Namen zu streiten, so bemerke ich sogleich: Wer das Stiftungs- oder Gemeinde**vermögen**, weil es „Subjekt von Rechten" ist und „weil ein Wesen, das als Subjekt von Rechten anerkannt ist, Person heißt" — eben um dieses **Heißen** zu retten, **Person heißt**, dem habe ich Nichts dagegen einzuwenden. Gegen das herrschende Dogma von der fingirten Person dagegen Folgendes:

Bedenklich macht es schon, daß man eigentlich noch gar nicht darüber einig ist, was personificirt werden soll. Der Zweck, zu dessen Erreichung die Gütermasse bestimmt ist, wie Viele[12]) wollen? Dagegen hat schon Kierulff[13]) geredet, es wird diese Behauptung auch von Arndts vermieden, und Unger widerspricht ausdrücklich mit der Behauptung[14]), daß bei Korporationen der Personenverein, das Kollegium, die Kor-

11) Arndts S. 99 will mir auch die Behauptung zuschieben, daß die juristischen Personen keine Menschen seien; ebenso Bering, Heidelberger Jahrbb. 1859 S. 687, welcher das von A. Gesagte in allen Stücken wiederholt. Andere Leser meiner Schrift sprechen mich hoffentlich von dieser kühnen Behauptung frei.

12) Z. B. Savigny, Puchta, v. Scheurl, Windscheid, Müller.

13) Theorie des gemeinen Civilrechts S. 131 Anm. S. 146.

14) So auch Roth, über Stiftungen in diesen Jahrbb. I S. 203 ff.

poration als die ideale Einheit der Totalität ihrer Glieder das Rechtssubjekt sei, ebenso, wie die Stiftung, die ruhende Erbschaft als begriffliche Einheit das Subjekt des betreffenden Rechtscomplexes. Wenn Letzteres etwas Anderes heißen soll, als: der Stiftungszweck ist das Vermögenssubjekt, so heißt es: das Stiftungsvermögen ist Subjekt des Stiftungsvermögens. Und warum hier das Vermögen, dort die Personeneinheit? Ob das Vermögen dem Zwecke dient, einem Vereine von Individuen als materielle Mittel zu dienen, oder ob es zu einem wohlthätigen Zwecke bestimmt ist, das kann doch nicht zu einer solchen Differenz der juristischen Konstruktion führen, daß hier die Gesammtheit der Vermögensstücke, dort hingegen die Gesammtheit der Korporationsmitglieder als das „eigene Wesen“ erscheint, welches Subjekt der einzelnen Rechte ist. Wenn das Substrat der Korporationsperson die Gemeinde, die Gesammtheit der Bürger ist, so müßte das der milden Stiftung die Gesammtheit aller Personen sein, welche ein Mal in die Lage kommen können, von ihr zu profitiren, denn daß die Gemeinde als politisches Ganze erscheint, die Hülfsbedürftigen einen unbegrenzten unorganisirten Kreis bilden, muß doch für die privatrechtliche Gestaltung der Vermögensverhältnisse gewiß gleichgültig sein. Wir sagen vielmehr: wenn irgend Etwas personificirt würde, so müßte es immer das Vermögen sein, sowohl das der Korporation, als das der Stiftung und hereditas iacens. Denn der Kern der juristischen Sachlage ist in beiden Fällen ganz gleicherweise, daß ein Vermögen als solches vom Recht anerkannt und aufrecht erhalten wird, ohne daß es einem Individium gehört, auch nicht so aufrecht erhalten, als wenn es einem Individuum gehörte, sondern vielmehr dem besonderem Zwecke im einzelnen Falle gemäß[15]).

---

15) Merkwürdiger Weise scheint für die juristische Persönlichkeit

Gegen dieses Basiren der juristischen Persönlichkeit in jedem Falle ihrer Anwendung auf das vorhandene Vermögensganze könnte nun allerdings ein nicht ganz unscheinbarer Einwand erhoben werden. Während nämlich von einer Stiftung vor Existenz des Stiftungsvermögens nicht die Rede sein kann, ist allerdings die Gemeinde auch ohne Vermögen zu denken. Wenn aber hieraus Roth (S. 204 ff.) schließt: „bei Korporationen ist das Vermögen an die juristische Person, bei Stiftungen die juristische Person an das Vermögen gebunden," — so vermag ich die Richtigkeit dieses Schlusses nicht anzuerkennen. Es scheint mir dabei die Existenz jener Korporatio-

---

des Fiskus anerkannt zu sein, daß das fingirte Subjekt die Vermögensgesammtheit ist, auch von solchen, welche sonst dieses ideale Subjekt in die Gesammtheit der natürlichen Personen setzen. Vergl. Arndts, Pand. § 42: „Korporation ist eine juristische Person, welche durch die Vereinigung einer Mehrheit natürlicher Personen zu einem idealen Rechtssubjekt gebildet wird, z. B. Städte, Dörfer u. s. w." — und dazu § 41: „Die wichtigste Gesammtheit dieser Art (Gemeinheiten) aber, der Staat, wird in privatrechtlichen Beziehungen durch den Fiskus, d. h. das gesammte Staatsvermögen, als eigne juristische Person vorgestellt." Ganz ebenso, fügen wir hinzu, muß auch die Gemeinde in privatrechtlicher Beziehung, als juristische Person, Nichts sein, als das gesammte Gemeindevermögen — und nur die privatrechtlichen Beziehungen kommen eben in Betracht. Ganz ähnlicher Weise ist nach Kierulff S. 129 der Grund der fingirten Persönlichkeit bei den Korporationen „eine Mehrheit zu einem bestimmten Zwecke vereinigter physischer Personen;" — die fingirte Persönlichkeit des Fiskus dagegen „wird durch das Staatsvermögen veranlaßt." Konsequenter Weise wird bei allen Korporationen die fingirte Persönlichkeit nur durch das Vermögen veranlaßt. So wenig als nach Kierulff die staatliche Vereinigung der Bürger Grund der fingirten Persönlichkeit des Fiskus ist, ebensowenig kann irgend eine vereinigte Mehrheit physischer Personen als Substrat einer juristischen Person gelten. — Auch Böcking, Pand.-Inst. §. 62 Anm. 3 rechnet den Fiskus zu denjenigen juristischen Personen, welche nicht in einer Mehrheit physischer Personen bestehen.

nen als politischer oder sonst nicht civilrechtlich in Betracht kommender Körper mit ihrer privatrechtlichen Existenz als juristische Personen vermischt. Der Staat kann bestehen, ehe ein Staatsvermögen da ist; allein juristische Person ist nur der Fiskus und Fiskus ohne Vermögen ist nicht denkbar, — ganz ebenso bei allen andern Korporationen. Was von der Existenz eines Vermögens besteht, ist nur das ganz außerhalb des Privatrechts Liegende. Wenn Roth bemerkt: „Diese (öffentliche Korporationen) bestehen unabhängig von ihrer juristischen Persönlichkeit; die Vermögensfähigkeit fördert, aber bedingt nicht die Erreichung ihrer Zwecke," — so ist dagegen zu bemerken, daß die Erreichung ihrer Vermögenszwecke (und nur diese kommen civilrechtlich in Betracht) allerdings durch die juristische Persönlichkeit nicht blos befördert, sondern ebenso eigentlich bedingt wird, als die Stiftungszwecke durch die Stiftungspersönlichkeit. Daß jene Korporationen unabhängig von ihrer juristischen Persönlichkeit bestehen können, geht uns im Civilrecht gar nicht an; für uns kommen sie eben nur im Betracht als juristische Persönlichkeit. Sie sind erst juristische Personen dadurch, daß sie und sobald als sie in Vermögensbeziehungen treten. Die Möglichkeit dieses Eintretens ist nun allerdings bei jenen Korporationen sofort mit ihrem Bestehen gegeben, bei der Stiftung beginnt sie erst durch Ausscheidung des Stiftungsguts aus dem Vermögen des Stifters. Allein dieser Unterschied ergiebt sich lediglich daraus, daß im ersteren Falle durch das Bestehen der Korporation der Zweck des Korporationsvermögens nicht nur ein möglicher, sondern auch ganz bestimmt ist, während der Stiftungszweck, der einer Zuwendung weder möglich noch bestimmt ist vor Existenz, d. h. Ausscheidung des Zuzuwendenden aus dem Vermögen des Stifters. Daß reelles Vermögen vorhanden sei, ist ja ebensowenig für das Bestehen einer Stiftung, als für das der Kor-

porationsperson nothwendig. Es kann nicht nur überschuldete Gemeinden, sondern auch überschuldete Stiftungen und hereditates iacentes geben. Somit kann der beregte Unterschied keinen stichhaltigen Grund gegen unsere Behauptung abgeben, daß das Substrat der sogenannten juristischen Person, das Personifizirte jedenfalls ein Vermögen ist.

Was kann aber nun das heißen: „ein Vermögen wird personifizirt, als Begriffsganzes zur idealen Person erhoben u. s. w.“? Nichts eben, als es besteht, ohne einer Person zu gehören. Keineswegees besteht es so, als wenn es einer natürlichen Person gehörte. Wo bleibt da die Fiktion? Kuntze (Obligation S. 377) fühlt ganz richtig heraus, daß an der juristischen Persönlichkeit nichts Fingirtes ist; nur stützt er diese Behauptung freilich irriger Weise auf den Satz, daß Fiktionen sich immer auf dem Gebiete der reinen Thatsachen bewegen[16]). Unger will die Fiktion retten durch Berufung (die allgemein herrschende Meinung), daß mit der Persönlichkeit zugleich Willensfähigkeit gesetzt sei, ein willensunfähiges Substrat demnach rechtlich so behandelt werde, als wäre es willensfähig, also eine Person da geschaffen, wo eigentlich keine vorhanden. Allein das Recht behandelt die Substrate der juristischen Personen gar nicht, als ob sie willensfähig wären. Wollte man etwa sagen: schon daraus, daß das Zweckvermögen als Vermögensganzes aufrecht erhalten wird, folge die ihm zugetheilte Willensfähigkeit, so wäre dies eine arge petitio principii. Diese ganze Argumentation beruht auf der Identifizirung von Rechtsfähigkeit und Willenseinheit. Diese Identifizierung wiederum ist aber Nichts, als eine Abstraktion von dem bei natürlichen Personen Zutreffenden. So lange nur menschliche Individuen Rechte haben, ist es mit der Identität

16) Darüber siehe meine Schrift S. 87.

in Richtigkeit. Sobald aber Vermögensganze existiren, ohne menschliche Individualitäten zu gehören, deckt sich Recht im subjektiven Sinne eben nicht mehr mit Willenseinheit und es ist ebenso unnöthig, als unmöglich, jene Abstraktion zu generalisiren und dann zu konserviren.

Es will auch ferner scheinen, als schwebte bei der angeblichen Erschaffung einer künstlichen Willenseinheit die andere Thatsache mit vor, daß über das Zweckvermögen allerdings nur disponirt werden kann durch Ausflüsse menschlichen Willens, demnach vom Recht für diese Dispositionen eine natürliche Willenseinheit gegeben wird, möge es nun die eines Einzelnen sein, oder eine irgendwie zu konstatirende Willensmeinung Mehrerer. In der That redet man allgemein von einer zweiten Fiktion: „daß die Einigung einer Mehrheit von Willen eine individuelle Willenseinheit sei" — von „der Vertretung des Willens der juristischen Persönlichkeit durch den Willen eines Menschen." — Daraus indessen, daß das Recht irgendwie einen menschlichen Willen über das Stiftungs- oder Korporationsvermögen so disponiren läßt, wie natürliche Personen über das ihrige disponiren, folgt natürlich keineswegs, daß es Rechtsfähigkeit und Willenseinheit für identisch hält. Im Gegentheil, weil ein Vermögen ohne Willenseinheit besteht, muß ein an sich dem Vermögen ganz fremder Wille substituirt werden. — Wahnsinnige sind keines vernünftigem Willens fähig, also handlungsunfähig. Wenn nun Andere über das Vermögen solcher Personen zu disponiren haben, kann man daraus folgern, daß Rechtserwerb und Rechtsverlust durch Rechtsgeschäfte nur für Personen mit vernünftigen Willen gedacht werden können, demnach der vernünftige Wille der Vertreter als der vernünftige Wille des Wahnsinnigen vermöge Fikton anzusehen sei, mithin Wahnsinnige einen fingirten vernünftigen Willen besitzen? Denselben Fehlschluß würde machen,

wer aus der Nothwendigkeit eines natürlichen Willens für die Verwaltung des Zweckvermögens schließen wollte, daß letzterem eine fingirte Willenseinheit zuzuschreiben sei.

Vom Standpunkte exakter Dogmatik ist es überhaupt verwerflich, von „Vertretung der juristischen Person" durch die Gesammtheit der Korporationsglieder oder ihre Beamten zu reden[17]). Für Wahnsinnige kann im juristischen Sinne Stellvertretung stattfinden. Denn sie haben einen natürlichen Willen, und sobald der Wille eines Andern für den des Wahnsinnigen eintritt, liegt Stellvertretung vor. Die juristische Person dagegen hat keinen Willen; sie ist ein Vermögen; wie kann man sagen, der Wille der juristischen Person werde durch einen andern Willen vertreten? Der Wille der sogenannten Stellvertreter ist ja der einzige Wille, der von vornherein in Betracht kommt; sie haben principaliter zu wollen, was mit dem Zweckvermögen geschehen soll. Ueber das Gemeindevermögen wird von dem betreffenden Organ gerade so unmittelbar disponirt, wie der Einzelne das Seinige verwaltet. Die versammelten Gemeindeglieder disponiren zwar nicht über Eigenes, aber auch nicht über Fremdes in Stellvertretung, sondern das Gemeindevermögen ist seinem Zwecke nach ureigens der Willensäußerung der Gemeindeglieder in vorgeschriebener Weise unterworfen.

Auf der „fingirten Willenseinheit" beruht es ferner, wenn wir die juristischen Personen neben Wahnsinnigen und Kindern unter 7 Jahren, auch Frauen, Verschwendern und Tauben als handlungsunfähige Personen aufgeführt sehen[18]). Von „dem eigenen Wesen, als welches wir die Gemeinde erfassen,"

---

17) Wie es allgemein geschieht; vergl. Arndts, Pand. § 43. 59. Anm. 2, § 77.

18) Z. B. bei Arndts § 59.

zu sagen, es könne keine Rechtsgeschäfte vornehmen, hat schwerlich mehr Sinn, als dasselbe als heirathsunfähig zu bezeichnen. Zum Heirathen müßte das eigene Wesen Mann oder Frau sein, zum Handeln einen natürlichen Willen haben, den es als Vermögen nicht hat[19])[20]).

Lassen wir aber die fingirte Willenseinheit bei Seite, so bleibt eben Nichts übrig, als die „Personifikation eines Vermögens" — das Resultat folgenden juristischen Denkprocesses[21]): „Ein Vermögen verlangt zu seinem Bestehen eine Person als Vermögenssubjekt. Es müssen also die mannichfachen Zwecke, welchen ein solcher Güterinbegriff dienstbar sein soll, gleichsam in Eine Idee konzentrit, und diese Idee selbst personifizirt, es muß ihr Persönlichkeit beigelegt, sie muß in der Vorstellung zu einer Person erhoben werden." Hier ist ganz richtig und scharf die Erschaffung einer Willenseinheit

---

19) Dies gegen die Bemerkung von Arndts, Krit. Vjschr. S. 104.

20) Obwohl ferner die juristischen Personen „keine Menschen" sind, so gehören sie doch neben Kindern in väterlicher Gewalt, Sklaven, Bevormundeten — zu denen, für welche ausnahmsweise durch Vertreter Besitz erworben wird ohne eigenen Besitzwillen (Arndts § 141); und die verneinende Entscheidung des hartnäckigen Streites, ob eine juristische Person Delikte begehen könne, wird darauf gestellt, daß „zum Zwecke unerlaubter Handlungen keine Vertretung zugelassen sein kann" (Arndts § 59). Auf diesem Umwege stellt sich heraus, daß ein Vermögen nicht stehlen kann. S. noch Kierulff S. 135 Anm. „Die universitas kann nun privatrechtlich delinquiren, weil im Privatrecht, wo das Vermögensrecht vorwaltet, die Fiktion der Vertretung anwendbar ist. Im Kriminalrecht aber herrscht das Princip der materiellen Wahrheit, d. h. das Subjekt muß selbst das, was das Verbrecherische seiner Handlung ausmacht (direkt oder indirekt) gewollt und gethan haben." — Derartige Argumentationen, scheint mir, haben weder auf Begriffsmäßigkeit noch auf pädagogischen Werth besondern Anspruch.

21) v. Scheurl, Beiträge I S. 5 ff.

ferngehalten, auch der Güterinbegriff als Kern der Sache anerkannt. Was aber den Denkproceß betrifft, so wird vielleicht Mancher mit uns sich leichter einen Güterinbegriff ohne Bestehen einer Person denken können, als die Konzentrirung des Zwecks zu einer Idee und darauf erfolgende Personificirung dieses Präparats. Dem Standpunkte von Scheurl's gegenüber läuft unser Dissens auf die Frage hinaus, ob es ersprießlicher ist, den Begriff Person so zu verflüchtigen, daß nur der Name noch übrig bleibt, um nur das Dogma zu retten: kein Vermögen ohne Person — oder letzteres Dogma ganz aufzugeben und zu sagen: der Vermögensbegriff ist allerdings von vornherein für den Inbegriff der Güter einer Person ausgebildet, er deckt sich ursprünglich mit der Rechtssphäre einer Person; allein in der Folge hält das Recht auch Gütermassen als Vermögensganze zusammen, welche nicht ihren Mittelpunkt in dem Rechtswillen einer Person haben, sondern einem bestimmten andern Zweck ausschließlich gewidmet sind, so daß nun neben dem Personenvermögen das Zweckvermögen[22]) steht, ihm darin civilistisch gleich organisirt, daß es eben Vermögen ist. Was hierbei irgend noch als Fiktion bezeichnet werden könnte, wäre die Uebertragung des für Personengüter gebildeten Begriffs auf ein anderes Verhältniß. Dieses Fiktionsresiduum können wir uns als unbedenklich und von überflüssigen Verrenkungen und Geschraubtheiten frei gefallen lassen. Jedenfalls bleiben uns die angedeuteten Inkonsequenzen und dogmatischen Inkorrektheiten erspart.

Bevor nun zu dem Nachweise geschritten wird, daß auch für den Ausbau der Lehre unsere Konstruktion vor der bisherigen den Vorzug verdient, ist noch auf zwei Einwendungen

---

22) Dieser von Brinz gewählte Ausdruck scheint mir vollkommen bezeichnend.

der Gegner Rücksicht zu nehmen. Sie werden mit „civilistischer Unmöglichkeit" in den Kampf rücken. Dagegen ist kurz zu erwidern, zunächst denen, die nur den Satz retten wollen: kein Vermögen ohne Person, — daß es mit einer juristischen Unmöglichkeit Nichts auf sich hat, die sich dadurch umgehen läßt, daß man ein Vermögen Person nennt. Denen aber, welche in das Vermögen eine Willenseinheit hinein fingiren wollen, erwidern wir, daß man Unmöglichkeiten nicht dadurch beseitigt, daß man annehmen zu wollen erklärt, sie wären nicht vorhanden.

Ein anderer Einwand gegen unsern Zweifel an dem civilistischen Werthe der fingirten Persönlichkeit wird davon hergenommen, daß dieselbe von den römischen Juristen statuirt sein soll, und daß letztere nur durch jene Personifizirung zu einer scharfen und durchgreifenden Behandlung der betreffenden Verhältnisse gelangt seien. — Gesetzt, wir hätten die angebliche Konstruktion der römischen Juristen vor uns, so würde deshalb doch nichts dem Versuche im Wege stehen, dieselbe, mag sie immer gute Dienste gethan haben, durch eine schärfere und einfachere zu ersetzen, um so mehr, wenn heut zu Tage in neuen Lebensgestaltungen (Aktienvereine, Handels- und andere Gesellschaften) sich Veranlassung zeigte, dem römischen Begriffe eine weitere Ausdehnung zu geben. Allein ich kann gar nicht zugeben, daß von den römischen Juristen irgend Etwas verlautet, was einer fingirten Person im Sinne des Neueren ähnlich sähe. Alle angeblichen Konsequenzen der angeblichen Fiktion folgen einfach aus der den Römern, seit es einen ager publicus gab, geläufigen Thatsache, daß es Vermögensstücke, giebt die nicht einem einzelnen Bürger gehören, aber auch nicht res nullius sind, sondern vielmehr als Theile eines Vermögensganzen erscheinen, welches ausschließlich für gewisse öffentliche oder sonst anerkannte Zwecke bestimmt ist. Oder soll vielleicht

schon der Sprachgebrauch „ager publicus = populi, servus municipum, res civitatis, civitati debetur" und ähnliche mehr die Fiktion einer ideellen Person beweisen? Schon deswegen nicht, weil gar Nichts näher liegt, als das Zweckvermögen kurz zu bezeichnen durch Nennung derjenigen Korporation, deren Bestehen es dienen soll. In dieser terminologischen Identifizirung der Korporation mit dem Korporationsvermögen liegt nicht der mindeste Grund, in der Korporation ein eigenes civilistisches Wesen mit Willenseinheit zu kreiren, oder jenen Zweck zu einer Person zu erheben. Noch werthloser für die juristische Konstruktion sind Redeweisen wie: „civitates privatorum loco habentur" oder civitas personae vice fungitur." Ich erinnere nur an Ulpian in l. 34 pr. de leg. I, nach welchem collegatarii coniuncti unius personae potestate funguntur. Sollen deshalb auch die Kollegatare zu einer idealen Willenseinheit zusammengeschweißt werden? Und wenn endlich ein Feldmesser nebst Kommentator einmal coloniae geradezu personae publicae nennt[23]), so ist diese Feldmesserbenennung schwerlich geeignet, da den Ausschlag zu geben, wo es sich um exacte juristische Charakterisirung handelt.

Gehen wir nun mit unserer Anschauung vom Zweckvermögen an die einzelnen bestrittenen Fragen der Lehre von den sogenannten juristischen Personen. Zunächst wird sich die Brauchbarkeit des Begriffs herausstellen bei Begrenzung des Kreises derjenigen Erscheinungen, welche Anspruch haben auf „die Ehre der Personifizirung." Etwa folgende Prätendenten stellen sich außer den legitimen Korporationen, Stiftungen, hereditas iacens noch ein: Grundstücke bezüglich der servitutes

---

23) Dieser mir von Arndts entgegengehaltene Ausdruck war mir keineswegs unbekannt. Vergl. schon Böcking, Pand.-Instit. S. 230 Anm. 1.

praediorum[24]), ebenso in Bezug auf Reallasten[25]), die Familie bei Familienstiftungen[26]), Geldpapiere[27]), Handelsgesellschaften und Aktienvereine[28]), Vereine zu geselligen, wissenschaftlichen, Kunst-, wohlthätigen u. dgl. Zwecken[29]). —

Zunächst scheiden, von unserm Gesichtspunkte betrachtet, Grundstücke und Geldpapiere ohne Weiteres aus, weil sie einzelne Vermögensstücke, einzelne zu einem Vermögen gehörige Sachen sind. Ließen sich auch die Dogmen über servitutes praediorum, Reallasten, Geldpapiere nur erklären durch Personifizirung der praedia, bezüglich Papiere, was wir hier nicht zu untersuchen haben[30]), so wären diese Personifizirungen von unserm Zweckvermögen doch so durch und durch verschieden, daß wir nicht versucht sein können, beide Begriffe auch nur

---

24) Böcking a. a. O. S. 23 Anm. 3.

25) Duncker, Reallasten § 16.

26) Gutachten der Rechtsfakultät zu München, mitgetheilt von Pözl, Zeitschrift für deutsches Recht XVI S. 353 ff. Anders Gerber in diesen Jahrbb. II S. 359 ff.

27) Bekker, Jahrb. d. gem. deutschen Rechts I S. 292 ff.

28) Gelpke, Die Handelsgesellschaft als juristische Person in seiner Zeitschrift für Handelsrecht 2. Heft. Kuntze, Inhaberpapiere S. 506 ff. Ladenburg, Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht I S. 136 ff. Unger a. a. O. S. 183 ff. Anschütz in der Münchener krit. Vjschr. I S. 170. Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart, Seuffert's Archiv XII S. 75 ff. In einem Erkenntniß desselben Gerichtshofes, Seuffert's Archiv XII S. 357 ff., scheint ausgesprochen zu sein, daß die offene Handelsgesellschaft dritten Personen gegenüber selbstständiges Rechtssubjekt sei, den einzelnen Gesellschaften gegenüber aber nicht. Siehe darüber unten Anm. 52.

29) Unger a. a. O. S. 179 ff. Arndts, Pand. §. 42 Anm. 3.

30) Ueber die römische Anschauungsweise, welche dem Ausdruck servitus praedii, servitus praedio debetur u. s. w. zu Grunde liegt, siehe Brinz, Pand. §. 69 und mit ihm Arndts Pand. § 185 Anm. 1. Gegen die Schuld einer Sache (obligatio rei) neuestens Dernburg, Pfandrecht I S. 107 ff.

zu vergleichen [31]). Uebrigens fällt es vom Standpunkte der herrschenden Personifizirungsidee nicht sehr leicht, Böcking's Schützlinge auszuschließen. Puchta's Gegengrund [32]) wenigstens, daß es eine moralische Unmöglichkeit wäre, körperliche Dinge als des Menschen Gleichen aufzufassen, eine Roheit nur bei Völkern möglich, die Steine, Thiere u. s. w. als Götter anbeten; — die beistimmende Bemerkung Köppen's [33]), daß die zu Grunde liegende Anschauung unmöglich eine sittlich höhere genannt werden könne; — ferner auch die Mahnung Kuntze's [34]) zur Sparsamkeit mit so ungewöhnlichen Mitteln, als die Ertheilung der Rechtsfähigkeit sei, — alles dies auf seine Meinung nicht einwirken zu lassen, dürfte Böcking sehr berechtigt sein. —

Der Gleichsetzung der oben genannten modernen Vereine mit den bisher ausschließlich als juristische Personen bezeichneten Korporationen ist unsere Anschauung nicht allein günstig, sondern auch ganz geeignet, die Unstatthaftigkeit aller dagegen erhobenen Einwände zu widerlegen. Ich stimme der Behauptung vieler Juristen, namentlich der Ausführung von Unger vollkommen bei, daß die Rechtsverhältnisse unserer heutigen

---

31) Ebenso verhält es sich mit dem jüngsten Prätendenten der fingirten Persönlichkeit, siehe Vogt, Zur Theorie der Handelsgesellschaften, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht I S. 489. 529. „Schon jedes Miteigenthum schafft ein fingirtes Rechtssubjekt — das sog. Eigenthum an ideellen Theilen, welches man dem Miteigenthümer zuschreibt, ist in Wahrheit kein Eigenthum, sondern das Eigenthum der von Mehreren besessenen Sache steht ihrem Gesammtwillen — also nicht einer physischen Person — zu." Schwerlich wird sich diese Position so hartnäckig vertheidigen lassen, als die Böcking'sche. Schon den nächstliegenden Einwand, die Anwendung des Satzes nemini res sua servit auf die res communis wird Vogt kaum abweisen können.

32) Vorlesungen § 27 a. E.

33) Erbschaft S. 90.

34) Heidelb. krit. Zeitschrift I S. 549.

„Vereine", von den Aktienvereinen bis zum Kasino oder der Begräbnißkasse einzig und allein durch jene Gleichstellung juristisch zu beherrschen sind[35]). Daß dem aber so ist, setzt eben auf's Klarste in's Licht, daß an der „juristischen Persönlichkeit" Nichts wesentlich und ächt ist, als der Bestand eines keinem Einzelnen gehörigen, sondern einem bestimmten Zwecke ausschließlich gewidmeten Vermögens. Wer, wie Unger und die herrschende Meinung, bei Korporationsvermögen die Personengesammtheit, bei der Stiftung dagegen das Vermögen selbst personificirt sein läßt, kann freilich leicht in Verlegenheit gerathen, zu entscheiden, ob bei dem Aktienvereine der sich vielleicht unausgesetzt verändernde Kreis der Aktionäre, oder das Aktienvermögen der „ideale Träger" der Rechtsverhältnisse ist[36]).

35) Hinsichtlich der Aktiengesellschaft ist auch die neuere Gesetzgebung von dieser Anschauung beherrscht. Vergl. Preuß. Gesetz über Aktiengesellschaften vom 9. November 1843 § 8; Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Deutschland Tit. 3 Art. 80; für Würtemberg Art. 256; Würtemb. Gesetzentwurf betreffend die Verhältnisse der Aktiengesellschaften Art. 8. Ebenso hinsichtlich der Handelsgesellschaften überhaupt schon Hamburger Fallitenordnung v. 21. August 1783. Preuß. Konkursordnung vom 8. Mai 1855. Nach Oesterreich. Rechte sind sämmtliche Gesellschaften und Vereine immer zu den juristischen Personen gezählt worden, a. b. G. B. § 26. 1202. 1203. Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Oesterreich § 88. Jurisdiktionsnorm vom 20. November 1852 § 26. Unger, System des Oesterreich. allgem. Privatrechts I S. 336. 339. Ueber die französische (von der Anschauung des code civil zu Gunsten der juristischen Persönlichkeit abweichende), die englische und amerikanische Praxis siehe Goldschmidt, Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preuß. Staaten. Heidelberg. 1857 I S. 61 ff. 88. II S. 46 ff. Ladenburg, Zeitschr. f. d. gesammte Handelsrecht I S. 136 ff.

36) Darüber Unger, Krit. Ueberschau S. 183, der die Aktiengesellschaft zu den universitates personarum rechnet. Dagegen bezeichnet Böcking, Pand.-Inst. S. 232 unsere korporativen Aktienvereine als Personifikation einer Mehrheit von Sachen. Derselbe Zweifel herrscht hinsichtlich der Familienstiftungen. Vergl. Unger, System I § 44 Anm. 8. Gerber a. a. O.

Es ist eben diese irrige und unklare Idee der Personifizirung einer Personengesammtheit, vermöge deren man noch jetzt sich dagegen stemmt, die Kasinogesellschaft mit dem Staate oder der Gemeinde in civilrechtlicher Beziehung unter einen Hut zu bringen. Von unserm Standpunkte ist für die Frage nach der Existenz eines Zweckvermögens, außer dem selbstständigen Bestande des Vermögens, Alles gleichgültig, also namentlich: a) woher es kommt, ob es gestiftet ist, ob zusammengeschossen, ob durchs öffentliche Recht zugewiesen, ob durch Todesfall erledigt, — b) welchem Zwecke es dienen soll, ob dem Bestehen politischer Körper, dem Glanze einer Familie, einem Zwecke der Wohlthätigkeit, Wissenschaft oder Kunst, ob der Spekulation oder dem Vergnügen[37]). Jener Bestand eines selbstständ-

---

37) Vogt, Zur Theorie der Handelsgesellschaften, Zeitschr. f. d. ges. HR. I S. 529 erkennt die Selbstständigkeit des Aktienvermögens vollkommen an („das Unternehmen haftet für seine Schulden nur mit seinem Vermögen" —), will aber daraus nicht die Qualität des Aktienvereines als juristische Person gefolgert wissen, weil er es für eine Eigenthümlichkeit der letzteren hält, daß ihre Entstehung von einer Erlaubniß der Staatsgewalt abhängig ist. Da nun, meint er, Niemand für jede Gemeinschaft von Eigenthum (siehe darüber oben Anm. 31), also auch jede industrielle Gesellschaft Staatsgenehmigung fordern wird, so muß man, „um nicht durch die einfache Konsequenz der Begriffe dazu (zu diesem Erfordern) genöthigt zu werden, die Benennung juristische Person auf ein engeres Gebiet eingränzen. Nach unserer Ansicht gebührt dieser Namen nur den durch das öffentliche Recht geforderten Korporationen; es muß ein direktes Interesse des Staates in ihnen zur Geltung kommen. — Daher das Erforderniß staatlicher Genehmigung zur Errichtung, daher die Unzulässigkeit eigenmächtiger Auflösung juristischer Personen" (S. 530). Weiter unten (S. 533): „Die Unternehmer verlangen Anerkennung ihres Gedankens als eines zur selbstständigen Existenz im Staate berechtigten, aber sie wollen ihm dessenungeachtet den Charakter einer Privatunternehmung unbenommen wissen; sie wollen nicht eine juristische Person bilden, sondern auf eignen Füßen stehen." Ich brauche kaum zu bemerken, daß diese Distinktion vom Standpunkte civilrechtlicher Dog-

digen, seinem Zwecke ausschließlich gewidmeten Vermögens braucht dann natürlich, wie Unger treffend bemerkt, keineswegs durch ausdrücklichen Rechtssatz anerkannt zu sein, sondern ergiebt sich von selbst daraus, daß die einzelnen entsprechenden Vermögensverhältnisse anerkannt werden. Die Qualität des Zweckes ist von entscheidender Bedeutung für die rechtliche Gestaltung der einzelnen Fälle, keinesweges nach unserm heutigen Rechtszustande für die Existenz der fraglichen Erscheinung im Allgemeinen, so weit es sich nicht etwa um verbotene Zwecke handelt.

Ob gewisse Distinktionen innerhalb des Begriffs gerechtfertigt sind, wird sich ebenfalls vermöge unserer Aufassung leicht außer Zweifel stellen lassen. Zunächst hat Kuntze[38]) behauptet, daß zwischen der hereditas iacens und den übrigen juristischen Personen ein begriffsmäßiger Unterschied existire, indem nur für erstere eine Fiktion nothwendig sei. Im Gegentheil läßt v. Scheurl[39]) alle juristische Personen fingirte Vermögenssubjecte sein, findet aber in der hereditas iacens zwar eine fingirte, aber keine juristische Person; sie soll sich von den eigentlichen juristischen Personen dadurch unterscheiden, daß sie ein Vermögen ist, welches ganz auf die gewöhnliche Art entstanden auch ganz die Bestimmung eines gewöhnlichen

---

matik rein aus der Luft gegriffen ist. So sehr gerade zur erschöpfenden theoretischen Beherrschung des Aktienvermögens der national-ökonomische und rechtspolizeiliche Gesichtspunkt in Anschlag kommt, so hinderlich würde jede Einmischung socher Elemente für die juristische Erfassung und Gestaltung der betreffenden Vermögensverhältnisse sein. Der Schluß insonderheit: weil bei industriellen Gesellschaften Staatsgenehmigung nicht erforderlich ist, sind sie keine juristischen Personen, beruht auf dem falschen Satze, daß diese Nothwendigkeit aus dem Wesen der juristischen Person folge.

38) Obligation S. 376 ff.

39) Beiträge I S. 7 ff.

Vermögens hat, der willkürlichen Befriedigung der Bedürfnisse eines menschlichen Individuums zu dienen; die Fiktion macht nach v. Scheurl nicht die hereditas zu einem Vermögen, sondern verhindert nur, daß sie aufhöre, als Vermögen zu gelten; auch bestehe die Fiktion nicht in der Personifizirung der Idee, sondern nur in der Annahme des Fortbestehens einer untergegangenen menschlichen Persönlichkeit. — In den Behauptungen beider Schriftsteller finde ich[40]) etwas Richtiges. Die ruhende Erbschaft ist Zweckvermögen, weil vorübergehend das Vermögen besteht, ohne einer Person zu gehören, nur seinem Zwecke zu Liebe vom Rechte als Vermögen anerkannt und behandelt wird. Dieser Zweck aber besteht in der Konservirung eines Personenvermögens nach Wegfallen der Person. Diesem Zwecke gemäß wird die Erbschaft, trotzdem sie einstweilen Zweckvermögen ist, doch als Personenvermögen behandelt. Es wird das hinterlassene Vermögen juristisch ganz gleichgestellt und behandelt mit dem Vermögen, wie es vor dem Tode ist. Soweit diese Gleichsetzung reicht, haben wir eine Fiktion im wahren Sinne des Worts, einen Satz des positiven Rechts, nach welchem auf ein faktisches Verhältniß übertragen wird, was von einem anders gestalteten gilt. Die hereditas iacens wird nicht nur als Vermögen aufrecht erhalten, ohne einer Person zu gehören, sondern gerade zu dem Zwecke, wieder Personenvermögen zu werden und deswegen auch in der Zwischenzeit zwischen Tod und Erbschaftsantritt einem Personenvermögen gleich[41]). Eben weil aber bei den

40) Gegen Böcking I § 62 Anm. 16 und Unger a. a. O. S S. 157.

41) Gerade weil die ruhende Erbschaft als Personenvermögen erhalten wird, gilt von ihr l. 61 § 1 de adq. rer. dom : Ususfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non adquiritur — und ist ferner der hereditas iacens niemals Erbfähigkeit

übrigen sog. juristischen Personen diese Gleichsetzung des Zweckvermögens mit dem Personenvermögen fehlt, wird bei ihnen nicht die Existenz einer Person fingirt. Wir sagen also: während bei jedem anderen Vorkommen eines Zweckvermögens von keiner Fiktion die Rede ist, liegt dagegen eine solche bei dem Zweckvermögen der hereditas iacens vor, indem dasselbe seinem Zwecke gemäß als Personenvermögen konservirt, einem Personenvermögen gleich gehalten wird. Wie weit nun übrigens das Dogma richtig ist, daß die hereditas iacens juristisch so behandelt werde, als wenn der Erblasser noch lebte — das ist nicht Gegenstand unserer Auseinandersetzung.

Eine andere Distinktion macht Kuntze [42]). Während er in der Anerkennung der Korporationen und Stiftungen als juristische Personen keine Fiktion erblickt, ebensowenig als in der Anerkennung der Persönlichkeit an menschlichen Individuen, soll dagegen eine willkürlich sich zusammenfindende Societät, z. B. ein Aktienverein, nur zur Person erhoben werden können durch eine Fiktion, durch welche der Mangel einer reellen Einheit oder Individualität künstlich und von Rechtswegen ersetzt und auf diesem fingirten Willenssubstrat die Personenqualität hergestellt werde. Dieser Ausführung liegt die Einmischung von etwas civilrechtlich ganz Gleichgültigem in die civilistische Konstruktion zu Grunde. Auch wenn es richtig wäre, daß jene „organischen Korporationen" einen ein-

---

beigelegt werden. Die übrigen sog. juristischen Personen stehen in beiden Beziehungen günstiger, weil sie gar nicht Personenvermögen sind, weil bei ihnen schon ihrem Wesen als Zweckvermögen gemäß usus fructus sine persona constitui potest, und zu ihrem Vortheile letztwillige Verfügungen getroffen werden können. Auf diesen Gesichtspunkt läßt sich auch zum Theil die Ausführung Unger's a. a. O. S. 162 f. Anm. zurückführen.

42) Inhaberpapiere S. 509 ff. 456.

heitlichen Willen in sich tragen, so wäre das doch ganz irrelevant für die Thatsache, daß bei Korporationen wie bei Aktienvereinen ganz gleicherweise ein selbstständiges Vermögen vorliegt, ohne von einem individuellen menschlichen Willen beherrscht zu sein. Kuntze deckt ganz richtig auf, daß Jolly u. A. sich nur gegen diese Gleichstellung sträuben, weil sie es unnatürlich finden, Gemeinden und Geldmännerassociationen oder Ressourcen unter einen juristischen Begriff zu bringen; er erkennt ferner ganz richtig und scharf, daß „die rein vermögensrechtliche magere Zweckanlage" kein Bedenken erregen kann gegen die Annahme einer juristischen Persönlichkeit des Aktiensvereins, indem eben „es unserer Zeit vorbehalten war, die Idee dauernder Individuen, deren ganze Mission sich in der Erreichung eines großartigen Vermögenszweckes erfüllt — von aller Einmischung publicistisch-korporativer Elemente frei auszubilden". Es wäre ein kleiner Schritt gewesen, zu erkennen, daß das juristische Wesen des Gemeindevermögens, der Stiftung, wie des Aktienvermögens ein absolut gleiches ist, daß überall, was man juristische Person nennt, Nichts ist, als ein Vermögen; — daß man demnach allenfalls vom Vermögen einer universitas personarum reden kann, es aber unlogisch ist, die juristischen Personen oder vielmehr die Zweckvermögen einzutheilen in universitates personarum und universitates bonorum; — sie sind Alle letzteres und nur letzteres; das korporative oder nichtkorporative Element liegt über die Grenzen des civilrechtlichen Begriffs hinaus, und wenn allerdings die Verschiedenheit des Zwecks maßgebend ist für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse im Einzelnen, so besteht doch die Erscheinung selbst, um deren juristische Erfassung es sich hier handelt, immer in der Existenz einer universitas bonorum.

Die mannichfachen Streitfragen ferner hinsichtlich der Entstehung der juristischen Personen erhalten von unserem Gesichtspunkte aus eine sehr einfache Lösung. Was zunächst die vielbesprochene Frage anlangt, in welchem Umfange ein zur Entstehung nothwendiger allgemeiner die juristische Persönlichkeit anerkennender Rechtssatz existirt, so brauche ich, soweit es sich um Personenvereine handelt, mich nur an die von Unger stichhaltig vertheidigte Meinung anzuschließen, und bemerke nur noch hinzu, daß das bisher allgemeine Verkennen ihrer Wahrheit vor Allem eben auf der „fingirten Persönlichkeit" beruht, indem man mehr verlangte, als die Behandlung eines Güterkomplexes als einheitliches Vermögen — eben noch einen besonderen Schöpfungsakt der juristischen Kunstperson. Diese Anschauung spricht sich z. B. auf's Schärfste aus bei Kierulff, der auf's Nachdrücklichste die Existenz der juristischen Person als ganz singuläre, der Regel des Rechts widersprechende, nnr auf einer utilitas beruhende hervorhebt[43]). Wer eben eine Fiktion erfordert, eine „Beugung der Thatsachen", dem liegt es nahe, sich nach einem möglichst speciellen und ausdrücklichen Rechtssatze umzusehen[44]). Wer

43) Theorie S. 129. 131.

44) So enthalten die Entscheidungsgründe zum ersten der in Anm. 28 angeführten Erkenntnisse den Satz: „Da fingirte Rechtssubjecte nicht durch Privatwillkür geschaffen werden können, so kann eine Gesellschaft die Eigenschaft der rechtlichen Persönlichkeit sich nicht selbst verleihen; sie bedarf dazu eines genehmigenden Aktes der Staatsgewalt." — Noch deutlicher ist der Einfluß der Fiktionsvorstellung zu ersehen in einem Erkennntniß des Hofgerichts zu Mannheim, referirt in der Zeitschr. f. d. ges. HR. II 1859 S. 152 ff. Hier heißt es: „Bei der Prüfung, ob sich diese Auffassung (als juristische Person) des Wesens einer unbenannten Gesellschaft rechtfertigen lasse, ist der schon aus allgemeinen Prinzipien folgende, im gemeinen Rechte fast allgemein anerkannte Satz an die Spitze zu

dagegen nur ein Zweckvermögen kennt, wird überall, wo er vermögensrechtliche Erscheinungen ohne Personenvermögen anerkannt sieht, sofort die Existenz eines Zweckvermögens konstatirt finden. Die betreffenden vermögensrechtlichen Erscheinungen aufzuzählen, können wir uns hier erlassen. Vgl. Unger a. a. O. S. 182 ff. 154 [45]).

---

stellen, daß es nicht in der Willkür von Privaten liegen könne, einem Personenvereine oder Vermögen Persönlichkeit beizulegen, sondern daß diese außerordentlicher Weise (kraft einer Rechtsdichtung) geschaffene, nicht an eine physische Person geknüpfte Rechtssubjectivität nur vom Staate — kraft einer allgemeinen oder besonderen Rechtsvorschrift desselben — ausgehen könne." — Ferner weiter unten: „Auf die vom großherzoglichen Ministerium des Innern ertheilte Staatsgenehmigung hin kann jedoch solche (geschehene Beilegung der Persönlichkeit) nicht behauptet werden, da in dem Erlasse vom 18. August 1854 davon nicht die Rede ist, während doch, da Fiktionen nicht vermuthet werden, der beklagte Verein als juristische Person mit ausdrücklichen Worten anerkannt sein müßte." — Mit der Entscheidung selbst, daß Aktionäre Schiedsrichter in einer die Gesellschaft angehenden Streitsache nicht sein können — wird man übrigens auch einverstanden sein können, wenn man von der Selbstständigkeit des Aktienvermögens ausgeht, weil jedenfalls eine Identität der Interessen vorliegt, und insofern der Aktionär bei der schiedsrichterlichen Entscheidung selbst betheiligt ist. Die römischen Juristen werden zwar einen civis Schiedsrichter haben sein lassen in Processen seiner civitas, schwerlich aber nach l. 51 de receptis ein Mitglied einer Publikanensocietät u. s. w. in Rechtsstreitigkeiten der letzteren. Es entscheidet hier eben der materielle Gesichtspunkt des Vermögensinteresses, nicht der formale der Korporationsqualität. — Eine rechtsphilosophische Begründung für die Nothwendigkeit der staatlichen Genehmigung von Aktiengesellschaften versucht zu geben Vogt a. a. O. S. 536 ff. Seine Gründe sprechen nur für rechtspolizeiliche Ueberwachung, für das Erforderniß eines staatlichen Konsenses in diesem Sinne, keineswegs für die Nothwendigkeit einer besonderen Verleihung der Korporationsqualität.

45) Natürlich muß im einzelnen Falle feststehen, daß der Wille

Was die Stiftungen anlangt, so stellt sich uns die wichtige Frage, ob zur Existenz der Stiftungen besondere Staats-

---

der Gründer auf die Konsequenzen des Zweckvermögens gerichtet waren, und daß die Gesellschaft als eine derartig konstituirte im Verkehre aufgetreten ist. Der Name allein (z. B. Aktienverein) wird das freilich noch nicht beweisen. Ebensowenig das Vorhandensein gewisser Bestimmungen, die gewöhnlich mit Korporationsqualität verbunden vorkommen. Haben aber die Statuten die Bestimmung, daß die Gesellschaftsgläubiger und Schuldner nicht mit den Gesellschaftsgliedern, sondern nur mit der Gesellschaft als solcher in unmittelbarem Rechtsverhältnisse stehen sollen, oder ergiebt sich dies aus schlüssigen Handlungen, so kann der Richter gewiß nicht in diesem Sinne eingegangene Rechtsverhältnisse deswegen gegen die Intention der Betheiligten beurtheilen, nicht deswegen die einzelnen Gesellschafter für unmittelbar berechtigt und verpflichtet erklären, weil keine sog. Ertheilung der juristischen Persönlichkeit durch den Staat vorliegt. Läßt sich einmal nicht läugnen, daß Beschränkung der Haftung auf den Gesellschaftsfond, Befreiung von jeder Haftung mit dem sonstigen Vermögen der Gesellschafter sich auf Privatübereinkommen, und zwar auch auf stillschweigend erklärtes gründen läßt (Thöl H.-R. S. 115. 161, v. Hahn, Materielle Uebereinstimmung S. 359. 378, Erkenntniß des Obertribunals zu Stuttgart vom 11. Februar 1857, Seuffert's Archiv XII Nr. 58), — so ist schwer einzusehen, warum der Verkehrswille nicht die Kraft haben soll, ein von den einzelnen Personenvermögen der Gesellschafter juristisch ganz gesondertes Handelszweckvermögen in den Verkehr zu bringen. Giebt es doch, was Aktienvereine anlangt, Schriftsteller, welche Einschränkung der Haftpflicht auf den Aktienfond schon daraus folgern, daß die Gesellschaft auf Aktien errichtet und in der den Aktiengesellschaften eigenthümlichen Weise organisirt ist, z. B. Treitschke, Ztschr. für deutsches R. V S. 352, Jolly ebendas. XI S. 427, Reyscher ebendas. XIII S. 393. 401. 405 ff. Vogt, Ztschr. f. die ges. H.-R. I S. 501. — Das preußische Recht läßt nicht nur mit der landesherrlichen Genehmigung einer Aktiengesellschaft letztere sofort die Eigenschaft einer juristischen Person erlangen (Ges. über Aktienges. vom 9. Nov. 1843 § 8), sondern erkennt auch bezüglich der unter Firma bestehenden Handelsgesellschaften die juristische Selbstständigkeit des Gesellschaftsvermögens an (Konkursordnung vom 8. Mai 1855

genehmigung nothwendig ist, oder ob vermöge allgemeinen Rechtssatzes zu Stiftungszwecken gewidmete Vermögensstücke sogenannte juristische Persönlichkeit erhalten — folgendermaßen: Hat nach unserem Rechte der Privatwille die Kraft, daß ein Vermögensinhaber aus seinem Vermögen Theile ausscheiden und diese zu einem selbstständigen, zu einem Zweckvermögen lediglich durch diese seine Disposition machen kann? Und diese Frage wird sich nicht beantworten lassen durch allerlei Argumentationen aus dem „Wesen der juristischen Persönlichkeit“, sondern nur daraus, ob eben das heutige Recht solche gestiftete Vermögensstücke lediglich auf Grund der Stiftungsdisposition als aus dem Vermögen des Stifters ausgeschiedene, ein eigenes Vermögen bildende Güter in allen einzelnen Vermögensbeziehungen behandelt. Einen ausdrücklichen Rechtssatz dürfen wir hierfür ebensowenig verlangen, als für die Selbstständigkeit des Actienvermögens.

Insoweit es sich um letztwillige Verfügungen handelt, ist die Frage mannichfach durchgesprochen. Während angesehene Rechtslehrer der bejahenden Meinung sind [46]), hat jetzt Roth [47]) dieselbe mit sorgfältiger Begründung bestritten. Wir tragen indeß kein Bedenken, uns der ersteren Ansicht anzuschließen. Mag sich immerhin für's römische Recht die selbstständige Vermögensqualität der pia corpora nicht erweisen lassen, so muß doch Roth [48]) selbst zugeben, daß „die Stif-

§ 35. 286—291, namentlich § 288: „An dem Konkurse über das Gesellschaftsvermögen sind nur die Gläubiger der Gesellschaft Theil zu nehmen berechtigt“). Erkenntniß des Berliner Obertribunals in der Ztschr. f. das ges. H.-R. II. S. 145.

46) S. Arndts im Rechtslexikon S. III 915 f. und die daselbst Angeführten.

47) A. a. O. S. 196 ff. 209 ff.

48) S. 202.

tungen, wie sie jetzt erscheinen, als ein Produkt der neueren Rechtsentwicklung aufzufassen sind". Daß aber heutigen Tags Alles darauf hindrängt, dem letzten Willen Stiftungskraft einzuräumen, in ihm die Macht anzuerkennen, welche schon das neueste römische Recht ihm unverkennbar zu sichern auf dem Wege ist, dürfte um so weniger zu bezweifeln sein, als, wie wir bald sehen werden, Vieles dafür spricht, sogar der Willenserklärung unter Lebenden ohne Staatsgenehmigung jene Fähigkeit einzuräumen. Roth sucht freilich civilistische Unmöglichkeit für die von ihm bekämpfte Meinung nachzuweisen und sieht sich nur gezwungen, für die eigentlichen piae causae zuzugeben, daß die Disposition aufrecht erhalten und, wenn auch indirekt, durch die gesetzlich bestimmten Vertreter zur Ausführung gebracht wird, indem er das als eine ziemlich prekäre, nur öfter beim Mangel eines Widerspruchs von Seiten der Interessenten eintretende Folge bezeichnet. Allerdings wenn man sich auf den strengen Standpunkt der Theorie von der Erbeinsetzung oder Vermächtnißhonorirung stellt, wird man jenes Resultat kaum konstruiren können. Allein es scheint mir, daß unser Recht und in nuce schon das neueste römische, wenn es die Aufrechterhaltung der auf Gründung eines selbstständigen Stiftungsvermögens gerichteten Disposition vorschreibt, neben die Erbeinsetzung und das Vermächtniß eine andere Art letztwilliger Bestimmungen setzt, eben die Stiftung in diesem Sinne, welche dann nicht für unmöglich erklärt werden kann, weil sie nicht Eins von jenen Beiden ist. Natürlich erlangen übrigens derartige Verfügungen so lange keine volle Wirksamkeit, als der Testator seinen letzten Willen widerrufen kann; wie sie denn auch in Bezug auf die Form der Disposition ganz nach der Theorie der letzten Willenserklärung sich richten.

Schwieriger erscheint die Frage hinsichtlich der Stiftungen durch Willenserklärung unter Lebenden. Hier argumentirt Roth, der natürlich auch hier Staatsgenehmigung verlangt, folgendermaßen: Das Civilrecht kennt nur eine zwiefache Disposition über Eigenthum, Uebertragung an ein anderes Rechtssubjekt und Dereliktion. Die Verfügung des Stifters ist keine Eigenthumsübertragung, denn er hat nicht die Absicht, einen Rechtsnachfolger zu bezeichnen. Vielmehr sollen die aus dem Eigenthum des Stifters fallenden bona nach seinem Willen selbstständig werden. Da nun diese letzte Verfügung außerhalb der im Civilrecht dem Eigenthümer eingeräumten Befugnisse liegt, so setzt bei Stiftungen schon die Herstellung des Substrats eine lex specialis, die Staatsgenehmigung voraus. — So Roth. Was ich in dieser Argumentation für eine petitio principii halte und läugne, ist gleich der erste Satz. Wer nämlich, wie wir es thun, die Ansicht theilt, daß unsere Aktienvermögen u. s. w. auch ohne Staatsgenehmigung durch das bloße Zusammenschießen als selbstständiges Zweckvermögen existiren, der kennt in der That nach unserem Civilrecht neben Uebertragung an ein anderes Rechtssubjekt und Dereliktion eine dritte Art über Eigenthum zu verfügen. Denn zwar derjenige, welcher einem bestehenden Vereinsvermögen einen Werth widmet, überträgt aus seinem in ein bestehendes anderes Vermögen, nicht aber thun dies diejenigen, welche das Zweckvermögen durch ihr Zusammenschießen erst gründen. Diese stiften ein neues Vermögen. Kann aber ein Zweckvermögen entstehen durch Zusammenschießen Mehrerer, warum soll es nicht entstehen können durch Herschießen eines Einzigen? Man könnte entgegnen, daß, wenn auch im Zusammenschießen des Vereinsvermögens keine Veräußerung an die übrigen Gründer liegt, doch hier wenigstens ein Vertrags-

verhältniß die Grundlage bildet, das Hergeben von Seiten der Zusammentretenden als Ausführung eines unter ihnen geschlossenen Vertrags erscheine — wogegen die Stiftungsdisposition ein absolut einseitiger Willensakt ist, aus welchem kein Individuum ein Recht erwirbt, welcher vielmehr nicht in der geringsten Beziehung zu einem anderen Willen steht. Allein ganz abgesehen davon, daß beim Zusammenbringen eines jeden Vereinsvermögens von einem Vertrage aller einzelnen Gründer unter einander schwerlich geredet werden kann — so ist jedenfalls für die civilistische Frage, um welche es sich hier handelt, das etwaige in's Spiel Kommen eines Vertragsverhältnisses ganz irrelevant. Es handelt sich um die Entstehung eines Zweckvermögens aus den zusammengeschossenen oder von Einem allein hergegebenen Vermögenstheilen, um den juristischen Proceß, durch welchen die gezahlten Gründungsbeiträge aus dem Vermögen der Zahlenden kommen, ohne in ein anderes schon bestehendes Vermögen zu kommen, und doch sogleich wieder Bestandtheil eines Vermögens werden, des Zweckvermögens nämlich. Diesen Uebergang kann ein Vertrag in keinem Falle vermitteln, sondern, tritt nach unserem Rechte die Erscheinung ein, so giebt es außer Dereliktion und Tradition noch eine dritte Art des Eigenthumaufgebens, die Widmung zur Existenz eines Zweckvermögens, die Gründung eines solchen aus dem Personenvermögen heraus. Nur der Unterschied ist zwischen dem Zusammenschießen zum Vereinsvermögen und dem Herschießen zum Stiftungsvermögen, daß der Zweck, dem das Vermögen selbstständig dienen soll, dort ein verabredeter, hier ein einseitig bestimmter ist. Dieser Unterschied aber ist für die juristische Gestaltung des Verhältnisses schon deswegen gleichgültig, weil es nur auf das Hergeben zum Zwecke ankommt, nicht auf die Motivirung derselben.

Auf Grund der gegebenen Argumentation kommen wir aber nicht nur zu der civilistischen Möglichkeit, daß ein Zweckvermögen durch einseitige Privatdisposition unter Lebenden gegründet werden kann, sondern auch dazu, anzunehmen, daß nach unserem positiven Rechte der Wille diese Stiftungskraft wirklich hat. Denn ist nachgewiesen, daß die Gründung eines Vereinsvermögens und die eines Stiftungsvermögens, was das Werden der Personengüter zu Zweckvermögensgütern und die Macht des ausscheidenden und selbstständig machenden Privatwillens anlangt, unter ganz den gleichen juristischen Gesichtspunkt fallen, daß zum Stiften eines Zweckvermögens der Wille nicht größere Kraft zu haben braucht, als zum Mitgründen eines Vereinsvermögens — so müssen Alle, welche unsere modernen Associationsvermögen für selbstständige Rechtseinheiten, für juristische Personen halten auch ohne erfolgte Ertheilung der juristischen Persönlichkeit, ohne Weiteres auch die Entstehung von selbstständigen Stiftungsvermögen durch bloße Privatdisposition anerkennen. Natürlich ist hierbei immer vorausgesetzt, daß der Stiftungszweck der Art ist, daß er rechtliche Anerkennung verdient. Und in dieser Beziehung ist gewiß die Begünstigung der Stiftungen, welche sich lediglich auf dem Gebiete der Wohlthätigkeit oder Beförderung menschlicher Ausbildung bewegen, ebenso nahe liegend und dem Bewußtsein unserer Zeit entsprechend, als die Beförderung jener Associationszwecke, welche oft lediglich auf Gelderwerb gerichtet sind.

Die Stiftungsdisposition muß umfassen: a) Bezeichnung der gewidmeten Vermögenstheile, b) Bezeichnung des Zweckes der Widmung, c) Willenserklärung, daß jene Werthstücke als selbstständiges Zweckvermögen bestehen sollen, d) Festsetzung, von wem und in welcher Weise die zur Vermögenserhaltung

und Verwaltung erforderlichen Willensdispositionen erfolgen sollen. Das Fehlen eines jeden dieser vier Punkte würde die Entstehung der Stiftung unmöglich machen [49]). Was die Form der Disposition anlangt, die Frage namentlich, wem gegenüber der Stiftungswille erklärt werden muß, so läßt sich aus dem Wesen der Stiftung nur Negatives folgern, nämlich daß keines der aus der Vertragstheorie zu folgernden Erfordernisse hier in Betracht kommt; die Vorstellung, als enthalte die Stiftungsdisposition eine Proposition an den Staat, welcher dann durch die Genehmigung den Accept ertheile und so den Schenker binde, würde selbst dann des Grundes entbehren, wenn Staatsconcession erforderlich wäre. Es dürfte deßhalb auch kaum unbedenklich sein, so lange man die Vertragsnatur der Schenkung festhält, mit Puchta [50]) die Regeln über die Errichtung von Schenkungen auf die von Stiftungen unter Lebenden anzuwenden. Im Uebrigen kann, ob etwa schriftliche Errichtung, Niederlegung der Stiftungsurkunde bei Gericht oder einer andern öffentlichen Behörde oder eine ähnliche Procedur zur Perfection des Geschäfts erforderlich ist, nur auf gewohnheitsrechtlichem Wege oder durch Partikulargesetzgebung entschieden sein. Abgesehen von solchen Bestimmungen müßte jede ernstliche, in Absicht sich zu binden, vom Stifter abgegebene, alle nothwendigen Punkte enthaltende Erklärung schon dann zur Entstehung eines Stiftungsvermögens führen, sobald die zur Verfügung über dasselbe berufenen Organe in die Lage kommen, von jener Erklärung Notiz zu nehmen und

49) Nur der Mangel der Bestimmung unter d) wäre dann unschädlich, wenn man der Staatsgewalt ein Suppliren derselben als aus ihrer Oberaufsicht folgende Befugniß zuschreiben will.

50) Vorlesungen § 28. P. verlangt bei Stiftungen über 500 solidi gerichtliche Mitwirkung.

demgemäß die Vertretung der ihnen anvertrauten Interessen zu beginnen. Aus praktischen Gründen liegt indeß das Erfordern einer schriftlichen und solennen Errichtung nahe genug. Unter diesen Gesichtspunkt kann es dann auch fallen, daß Partikularrechte eine Genehmigung der Stiftung von Staatswegen verlangen. Man braucht darin keineswegs die lex specialis zu sehen, welche der Stiftung ihre vermögensrechtliche Selbstständigkeit giebt, sondern es kann die Nothwendigkeit dieser Konfirmation rein als rechtspolizeiliche Maßregel erscheinen, als Ausfluß der kontrollirenden, nicht der gesetzgebenden Thätigkeit der Regierung [51]).

Es ist noch eine Bemerkung darüber zu machen, wie der Uebergang der Vermögensstücke aus dem Personen- in das neu entstehende Stiftungsvermögen aufzufassen ist. Möge es sich um Eigenthumsübergang handeln oder um Entstehung anderer dinglichen Rechte oder um Konstituirung obligatorischer Verbindlichkeiten — keinenfalls geschieht jene Vermögensveränderung durch Vertrag, in Sonderheit in Form einer Schenkung. Es bildet vielmehr das Stiftungsgeschäft eine eigene causa sowohl dominii transferendi, als obligandi. Soweit es sich um Eigenthumsübergang handelt, fällt das Ausscheiden der Sachen aus dem Personenvermögen in das Zweckvermögen unter den Begriff der Succession, so daß alle vom derivativen Erwerbe geltenden Regeln Anwendung finden. Auch als besonderer Ersitzungstitel kann das Stiftungsgeschäft erscheinen.

Für die Frage nach dem Umfange der Rechtsfähigkeit der Korporationen, Vereine und Stiftungen, giebt es wohl

---

51) So nach Oesterreich. Rechte, Hofkzldekr. vom 21. Mai 1841. Unger, System I S. 350.

keine einfachere Antwort, als diejenige: was man juristische Person nennt, ist immer ein Vermögen. Sie erspart uns alle „Interpretationsregeln, welche daraus folgen, daß die juristische Person nur ein fingirtes Dasein hat".

Ebenso werden wir keine große Mühe haben, über einen Punkt in's Klare zu kommen, auf welchen namentlich die Läugner der juristischen Persönlichkeit des Aktienvermögens viel Gewicht legen. Inwiefern und inwieweit ist es mit dem Wesen der sog. juristischen Person vereinbar, daß das Vereinsvermögen in naher juristischer Beziehung zu den Personenvermögen der einzelnen Vereinsglieder steht — so daß z. B. der Ertrag des Gemeinvermögens an letztere fällt und ebenso nach Auflösung des Vereins das Vermögen selbst? Unger in dem angeführten Aufsatze (III) hat auch über diesen Punkt sehr gute Bemerkungen gemacht, denen wir beistimmen. Es scheint indeß, als wäre unser Standpunkt des Zweckvermögens auch für diese Frage nicht unfruchtbar. Namentlich bedarf es einer scharfen Bestimmung, wie die betreffenden Beziehungen beschaffen sind, um zu entscheiden, ob sie sich mit der Existenz des Zweckvermögens vereinigen lassen.

Unmöglich ist zunächst, daß ein Vereins-Gütercomplex, der sich nach Außen hin, dritten Personen gegenüber als selbstständiges Vermögen darstellt, nicht ebenfalls den Personen gegenüber, welche den Verein bilden, als ein von ihren Personenvermögen scharf geschiedenes, ihnen an sich fremdes Vermögen dastehen sollte. Es ist juristisch undenkbar, daß das Aktienvermögen den Inhabern der Prioritätsaktien oder den Bauunternehmern gegenüber als Kontrahent erscheint, nicht etwa die einzelnen Aktionäre — und daß doch andererseits nach Innen zwischen den Aktionären das Rechtsverhält-

niß als Miteigenthum, Mitschuldnerschaft, einfache Societät erscheint. Es ist nicht möglich, daß den Käufern der von ihr erzeugten Produkte gegenüber die Aktiengesellschaft als solche Tradent ist, und daß doch zugleich eben jene Produkte im Miteigenthume der einzelnen Aktionäre standen. Erwirbt der Verein als solcher Grundeigenthum, so können die Aktionäre, lediglich unter einander, unmöglich Miteigenthümer sein. Ist ein Vereinsvermögen einmal Zweckvermögen, so muß es dem Staats= und Gemeindevermögen darin völlig gleich stehen, daß es den Vermögensmassen der einzelnen Glieder nach außen wie nach innen als ganz selbstständiges, ihnen fremdes Vermögensganzes gegenübersteht. Die Geschlossenheit und Selbstständigkeit des Zweckvermögens muß sich jedem Personenvermögen gegenüber offenbaren. Denn es kann weder ein Vermögenstheil zu zwei Vermögen gehören, noch kann dasselbe Vermögen zugleich Zweck und Personenvermögen sein. Insoweit hat Jolly vollkommen Recht [52]).

52) Von diesem Standpunkte aus kann man den Gründen der zweiten in Anm. 28 angeführten Entscheidung nicht beistimmen, wenn sie ausführen: „Bei dem Gesellschaftsvermögen ist die innere Seite von der äußeren Seite zu trennen; jene betrifft die Verhältnisse der einzelnen Gesellschafter unter sich, diese die Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegen dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen. — — Forderungen und Schulden der Gesellschaft können nur da entstehen, wo der Gesammtheit der Gesellschafter (sämmtlichen Gesellschaftern) ein Dritter, welcher nicht Gesellschafter ist, als Verpflichteter oder Berechtigter gegenübersteht. Der einzelne Gesellschafter kann nicht Gläubiger oder Schuldner der Gesellschaft, d. h. der Gesammtheit sein, zu welcher er selbst gehört. — — Wenn daher ein Gesellschafter der Rechtsnachfolger eines Gläubigers der Gesellschaft wird, so wird, was bis dahin die Forderung eines Dritten an die Gesellschaft war, dadurch, insoweit es nicht durch Konfusion erlischt — von selbst und mit Nothwendigkeit die Forde=

Allein damit ist wohl vereinbar, daß der Zweck des Zweckvermögens dahin geht und sich dahin verwirklicht, daß die Vermögensoperationen den Einzelvermögen der Vereinsglieder zu Gute kommen. Der juristische Vorgang dabei kann ein doppelter sein. Einmal können obligatorische Beziehungen zwischen dem Vereinsvermögen und den Vereinsgliedern die Bezüge der letzteren vermitteln, indem statutenmäßig bestimmt ist oder dem über das Zweckvermögen gesetzten Dispositionsorgane zu bestimmen überlassen ist, inwieweit auf Theile des durch Negotiation vermehrten Vereinsvermögens die Mitglieder rechtlichen Anspruch haben sollen (Dividende). Quelle dieser Ob-

---

rung eines Gesellschafters an die Mitgesellschafter, das Schuldverhältniß der Gesellschaft zum Dritten löst sich auf in ein Schuldverhältniß der Gesellschafter unter sich." — Wenn der Dritte, sollte man meinen, die Gesellschaft zur Schuldnerin hat, also nicht die einzelnen Gesellschafter, so kann doch unmöglich, wenn einer der letzteren den Gläubiger beerbt, Konfusion eintreten. Und jene Auflösung wäre eine Novation; es entstünde durch Beerbung des Gesellschaftsgläubigers eine neue Obligation, gegen einen neuen Schuldner; es wäre mit jener Rechtsnachfolge eine Art delegatio necessaria identisch. Und wenn ein Gesellschaftsgut dem Dritten verpfändet war, soll da der Erbe des letzteren, weil er bei der Gesellschaft betheiligt ist, um das Pfandrecht kommen oder um etwaige Bürgen? Wenn bei den offenen Handelsgesellschaften ein selbstständiges Gesellschaftsvermögen existirt, wofür sich außer den oben Anm. 28 citirten Schriftstellern noch alle diejenigen anführen lassen, welche unsere Gesellschaften als sogenannte Gesellschaften mit kollektiver Personeneinheit bezeichnen, z. B. Brinkmann, Handelsrecht § 36, Walter, Deutsches P.-R. § 288. 290. Unger, System I S. 232 — und wovon auch die besprochene Entscheidung, wie viele neuere Gesetzgebungen ausgehen (siehe oben Anm. 28), so müssen, so lange die Gesellschaft besteht, die Personenvermögen der Gesellschafter von dem Zweckvermögen der Gesellschaft durchaus und in jeder Beziehung juristisch getrennt sein. Dem steht natürlich die subsidiäre Haftung der ersteren keineswegs entgegen.

ligationen ist nicht ein Geschäft der Mitglieder mit dem Vereine; es sind auch keine Obligationen „aus Zuständen“; vielmehr ist Erzeuger derselben eben der vereinsgründende Privatwille, welcher das Zweckvermögen erschaffen hat. Wie aus dem Willen des Stifters die Bedachten ihr Recht auf Stiftungsgenuß ableiten können, so kann auch die Willensdisposition, die aus Stücken von Personenvermögen ein Zweckvermögen gründet, bestimmen, was von demselben den Vereinsgliedern geschuldet sein soll. Hier liegen dann einfach Forderungsverhältnisse zwischen Vereinsvermögen und Vereinsgliedern vor, wie ja auch der civis Gläubiger seiner civitas sein kann.

Die Erträgnisse des Vereinsvermögens können aber den Betheiligten noch direkter zufließen, indem nach dem Zweck, nach der Gründungsdisposition gewisse mit dem Zweckvermögen gemachte Erwerbungeu gar nicht in den Vermögenskreis desselben hineinfallen, sondern sofort den Vereinsgliedern pro rata eworben werden. Die erstere Gestaltung wird die bei Weitem häufigere sein; der zweiten steht Nichts im Wege. So sind ja auch zuweilen gewisse Gemeindeeinnahmen, Früchte gewisser Grundstücke dazu bestimmt, unter die Gemeindegenossen vertheilt zu werden. Hier ist das Grundstück selbst Gemeindegut, die Früchte aber erwachsen ganz unmittelbar den einzelnen Interessenten.

Und wie die Emolumente eines Zweckvermögens Personenvermögen zu Gute kommen können, so mögen auch wohl umgekehrt für die Personenvermögen Verbindlichkeiten zu Gunsten des Vereinsvermögens existiren, namentlich Verpflichtung zu ständigen oder nicht ständigen Beiträgen. Und diese Beitragspflicht kann wiederum sich darstellen als Obligation zwi-

schen dem Zweck- und den einzelnen Personenvermögen — oder als ein zwischen den Vereinsgliedern bestehendes Rechtsverhältniß, vermöge dessen sie vertragsmäßig unter einander verpflichtet sind, dem Vereinsfond gewisse Zuwendungen zu machen. Es kann mit der Existenz des Zweckvermögens ein Gesellschaftsverhältniß der Vereinsglieder konkurriren, und zwar so, daß die Errichtung des ersten geradezu als im Interesse des zweiten geschehen erscheint.

Es wäre gewiß keine undankbare Aufgabe, die im Verkehr vorkommenden Verhältnisse dieser Art nach der Seite hin einer genauen Betrachtung zu unterwerfen, inwiefern bei ihnen der Begriff des Zweckvermögens und nebenhergehende Rechtsverhältnisse der betheiligten Personen unter einander, konkurriren, ob die einzelnen Rechtssätze, die zur Anwendung gelangen, Konsequenzen des Zweckvermögensbegriffs, oder einer juristischen Beziehung des Zweckvermögens zu den Personenvermögen, oder endlich einer solchen des letzteren unter einander sind. Namentlich für die verschiedenen Arten der Handelsgesellschaften müßte diese Betrachtungsweise Nutzen gewähren. Uns kommt es hier zunächst nur auf die leitenden Gesichtspunkte an.

Zuletzt muß der Begriff des Zweckvermögens seine dogmatische Brauchbarkeit bewähren für die Frage nach der „Endigung der juristischen Personen“ und nach dem Schicksale ihres Vermögens. Uns ist Endigung der juristischen Person Auflösung, Vernichtung eines Vermögens. Durch welche Thatsachen kann dem Zweckvermögen seine Vermögensqualität genommen werden? — so lautet für uns jene Frage. Nur durch eine einzige Thatsache, durch Wegfallen, Unmöglichwerden des Zweckes.

Ganz gewöhnlich wird als Endigungsgrund der juristischen Persönlichkeit eine auflösende Verfügung der Staatsgewalt aufgezählt. Wir läugnen keineswegs, daß die gesetzgebende Gewalt, wie jeden privatrechtlichen Erfolg, so auch den herbeiführen kann, daß ein Zweckvermögen aufhört zu existiren, behaupten aber, daß eine derartige Aufhebung entweder unter den Gesichtspunkt des Wegfallens des Zweckes fällt, oder als eine dem Zweckvermögen eigenthümliche Endigungsart logischer Weise nicht angesehen werden kann. Um zunächst beim letzten Gedanken zu bleiben, so drückt z. B. Kierulff[53]) unseren Satz so aus: „Die universitas hört auf, wenn der gesetzliche Wille, durch welchen sie Subjekt ist, cessirt". Jede rechtliche Thatsache hört auf zu existiren, wenn die gesetzliche Bestimmung, auf der sie beruht, wegfällt. Auch das Personenvermögen könnte ohne Weiteres — privatrechtlich genommen — durch einen Akt der gesetzgebenden Gewalt vernichtet werden, sei es durch lex generalis oder specialis, ebenso wie jedes einzelne Vermögensrecht auf diesem Wege sein Ende finden kann. Ebenso wie man aber als Endigungsart der Servituten oder der Obligationen schwerlich „eine auflösende Verfügung der Staatsgewalt" mit aufzählen wird, ebenso wenig wie die Auflösung durch Staatsverfügung als besondere Endigungsart des Personenvermögens in unserer Dogmatik vorkommt, ganz so wenig haben wir Grund, diese Aufhebungsart beim Zweckvermögen zu statuiren. Es beruht die gewöhnliche Darstellungsweise auf der Vorstellung von einer „Concession", einem „Privilegium", auf welchem die Existenz der juristischen Person beruhen soll[54]). Wir, die

53) Theorie S. 141.

54) In Bezug hierauf findet sich bei Roth a. a. O. S. 218

wir ein Ertheilen der juristischen Persönlichkeit durch lex specialis nicht annehmen, sondern in allen Fällen, wo Zweckvermögen vorkommen, sie auf einen ebenso allgemeinen Rechtssatz gründen, als der ist, daß Menschen ein Vermögen haben, — werden die Existenz des zu Grunde liegenden gesetzlichen Willens ebensowenig als besondere Voraussetzung des Fortexistirens betrachten können, als bei irgend einer andern civilistischen Erscheinung.

Was das Mißbilligen des Zweckes anlangt, so enthält eine darauf gerichtete Verfügung der Staatsgewalt zugleich eine Auflösung des Zweckvermögens, und diese Art der Endigung dürfen wir als eine dem Zweckvermögen eigenthümliche, aus seinem besonderen Wesen folgende auffassen. Der Zweck fällt hier hinweg, weil er ein unerlaubter wird. Dieser Erfolg kann eintreten durch eine selbstständige prohibitorische Verfügung; es kann aber auch die staatliche Genehmigung des

---

folgende Distinktion: „Bei andern juristischen Personen (als den Stiftungen) kann eine Entziehung der juristischen Persönlichkeit, bei Korporationen überdieß die Auflösung des Personenvereins durch den Staat, auf Antrag desselben oder einseitig, die Beendigung herbeiführen. Beides ist bei Stiftungen nicht anwendbar, da das Substrat in Folge eines Privilegiums, welches nicht willkürlich zurückgezogen werden kann, geschützt ist, eine Aufhebung der Stiftung durch einen Akt der Staatsgewalt demnach als Eingriff in das Privateigenthum erscheinen würde." — Schwerlich fällt die angebliche Entziehung der juristischen Persönlichkeit für Korpationen und Stiftungen unter wesentlich verschiedene Gesichtspunkte. Was für das Korporationsvermögen staatliche Auflösung des Personenvereins ist, kann für Stiftungen ebenfalls eintreten, nämlich Wegfallen, Unerlaubtwerden, des Stiftungszweckes in Folge staatlicher Mißbilligung. Und wie unter Umständen Aufhebung einer Stiftung als Eingriff in das Privateigenthum erscheinen kann, ganz ebenso könnte auch im Aufheben eines Vereinsvermögens eine solche liegen.

Zwecks, wo eine solche erforderlich ist, von vornherein an einen bestimmten Zeitraum oder an besondere Voraussetzungen gebunden sein, so daß mit Eintreten des Endtermins oder Wegfallen der Voraussetzungen sofort das Vermögen zerfällt. Sowohl unter diesen Gesichtspunkt des Unerlaubtwerdens als unter denjenigen natürlichen Unmöglichwerdens des Zweckes kann man die Auflösung des Vereinsvermögens durch staatliche Auflösung des Personenvereins bringen. Unter den letzteren fällt die Auflösung des Vereins durch Beschluß oder Wegfallen der Mitglieder. Inwiefern sowohl obrigkeitlich als durch Beschluß der Vereinsglieder ausgesprochene Auflösung des Vereins eintreten kann, ist eine Frage, die ganz außerhalb des Wesens des Zweckvermögens liegt und einerseits nach staatsrechtlichem Gesichtspunkt, andererseits nach dem Zwecke und den Statuten des Vereins sich beantwortet. Uns geht hier nur der Satz an: Auflösung des Personenvereins ist zugleich Endigung des Zweckvermögens, weil der Zweck cessirt, dem zu Gunsten die Vereinsgütermasse einheitliches selbstständiges Vermögen ist. Bekanntlich dauert aber unter Umständen das Zweckvermögen über die Existenz der Korporation hinaus. Wer die juristische Person als ein durch die Vereinigung einer Mehrheit natürlicher Personen gebildetes ideales Rechtssubject faßt, muß in jener Forterxistenz ein Leben nach dem Tode sehen und kann nur einen zwiefachen Ausweg zur „Disciplinirung der Anomalie" finden. Entweder [55]) müßte man eine Umwandelung der Korporation in eine Stiftung annehmen, welche letztere dann wiederum durch den Eintritt (in was?) neuer Mitglieder zur Korporation würde. Nichts vermag besser, als diese angebliche, sich ganz von selbst vollzie-

55) J. B. Arndts, Pand. § 45 Anm. 1.

hende doppelte juristische Transsubstantiation darzuthun, daß jede sog. juristische Person universitas **b o n o r u m** ist, daß die Bestimmung für einen Personenverein oder für einen andern Zweck für die juristische Konstruktion unserer Erscheinung ganz gleichgültig ist. — Anders Andere: „Der Begriff der Korporation begreift nicht blos die gegenwärtigen, sondern auch künftige Glieder. So lange also nur noch die Möglichkeit der Erneuerung durch neue Glieder bleibt, ist auch die juristische Person nicht untergegangen" [56]). Damit ist anerkannt, daß nicht die E x i s t e n z der Personenmehrheit Substrat der juristischen Person ist, sondern daß der Z w e c k, den Bedürfnissen einer Korporation zu dienen, die Vereinsgütermasse als ein selbstständiges Vermögen zusammenhält. So lange nach der Intention der Vereinsgründer, oder nach sonst maßgebenden Normen der Zweck ein erreichbarer bleibt, besteht eben das Vermögen fort. Bei Stiftungen bedarf das Unmöglichwerden oder sonstige Wegfallen des Zweckes keiner Erörterung. Nur das ist zu bemerken, daß auch Vermögensverfall unter diesen Gesichtspunkt fallen und Untergang des Stiftungsvermögens nach sich ziehen kann.

In Bezug auf diesen Punkt könnte man von dem herrschenden Personifikationsstandpunkte leicht zu etwa folgender Argumentation gelangen: Die universitas personarum kann durch Vernichtung ihrer Güter nicht untergehen, da sie ja eben nicht eine Personificirung der res, bona, sondern der Personenmehrheit ist. Die universitas bonorum dagegen muß zu Grunde gehen, wenn die bona total aufhören zu existiren, da ihr Substrat eben die bona sind [57]). Das ist von unse-

---

56) P u c h t a, Vorlesungen § 28 a. E.

57) So redet R o t h a. a. O. S. 219 von Beendigung der Stif-

rem Standpunkte aus eine falsche Anschauung. Das Substrat jeder juristischen Person ist uns das Vermögen, d. h. aber nicht im ökonomischen, sondern im juristischen Sinne. In diesem Sinne besteht es aber fort und wenn es aus lauter Schulden bestünde. Ebensowenig als das Personenvermögen durch Untergang der Aktiva aufgelöst wird, ebensowenig an sich das Zweckvermögen. Wenn nichtsdestoweniger es zwar Gemeinden und Vereine geben kann, die keine Aktiva, sondern nur Schulden haben, aber keine Stiftungen in dieser Situation, so ist der Grund dieser Erscheinung die Verschiedenheit des Zwecks in beiden Fällen. Der Stiftungszweck wird durch Aufzehrung der Aktiva unmöglich; deßhalb überlebt die Stiftung dieses Ereigniß nicht; anders hinsichtlich des Korporationszweckes.

Daß man endlich bisher fast allgemein das Vermögen einer aufgelösten Korporation unter den Gesichtspunkt von bona vacantia brachte, hängt ebenfalls mit der fingirten Persönlichkeit, namentlich mit der Anschauung zusammen, daß man die universitas personarum, den Personenverein als Substrat jener Persönlichkeit bezeichnete. Hält man fest an der juristischen Gleichartigkeit des Vereins- und Stiftungsvermögens, so kann man kaum verkennen, daß auch bei ersterem die Gründungsdisposition nicht nur das Zweckvermögen gründen, sondern auch eventuell für den Fall seiner Auflösung über das rechtliche Schicksal der Vermögenstheile verfügen kann und ebenso dasselbe einem Beschlusse der aus einander gehenden Mitglieder anheimstellen. Es kommt eben darauf an, von der Konstruktion der Verkehrserscheinung al-

---

tung durch Hinwegfallen des Substrats und versteht darunter totales Aufhören der activa.

les Zufällige fern zu halten und als Wesenheit des entsprechenden Rechtsbegriffs nur das hinzustellen, was jener Erscheinung unabänderlich eigen ist, die Existenz eines Vermögensganzen, welches keiner Person gehört, sondern, um einem bestimmten Zwecke zu dienen, vom Rechte aufrecht erhalten wird. Unger, welcher die Fiktion der Persönlichkeit noch energisch in Schutz nimmt, hat, wie überhaupt über das Wesen des Korporationsvermögens, so auch über die Frage nach dem Schicksale des Vermögens nach der Auflösung, meines Erachtens durchaus richtige Sätze aufgestellt und eingehend begründet. Viele von ihnen sind aber gerade recht geeignet, an der Unfehlbarkeit des bisherigen Dogmas von der juristischen Persönlichkeit irre zu machen. Jedenfalls rechtfertigt sich der Versuch, die Lehre einmal von einem andern, als dem üblichen Standpunkte aus zu durchdenken, durch sich selbst. Wäre es gelungen, nachzuweisen, daß sich alle einzelnen einschlagenden Erscheinungen ohne irgend eine Unebenheit auf unseren Grundbegriff zurückführen lassen, ja daß die Wahrheit gewisser bestrittener Sätze eben durch unseren Konstruktionsversuch in helleres Licht tritt, so würde man sich vor dem Alter und der bisherigen allgemeinen Anerkennung der fingirten Persönlichkeit kaum zu scheuen brauchen. Und daß ein Rechtssubject, welches nur ein intellektuelles, kein natürliches Dasein hat, — von allerlei noch künstlicheren Wendungen ganz zu schweigen — eine mehr plastische und bequemere Abstraktion sei, als der jedem Juristen geläufige Begriff des Vermögens, scheint eben sehr zweifelhaft. Arndts findet in der „juristischen Person“ nur den begriffsmäßigen Ausdruck dessen, was sich mit einer Art von Nothwendigkeit im Rechtsleben gestaltet hat. Ich habe eben versucht, an der „Begriffsmäßigkeit“ bescheidene Zweifel auszudrücken. Es ist leicht möglich, daß der Name

„juristische Personen“ noch sehr lange im Munde der Juristen leben wird; das wäre kein Zeichen, daß der Versuch, unsere Lehre von dogmatischen Unebenheiten und überflüssigen Gelenken oder vielmehr Verrenkungen zu befreien, mißglückt ist.

III.

Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines Anderen

und

seine Bedeutung auf den Gebieten des Eigenthums, der Verträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte.

Von

Dr. L. Jacobi,
Gerichtsassessor und Privatdocenten der Rechte zu Berlin.

Inhaltsübersicht.

I.

Kritische Beleuchtung der sog. Bereicherungsklagen.

§. 1.

Es ist im Allgemeinen vollkommen richtig, wenn v. Savigny im Bd. III seines Systems S. 451 bemerkt: die Regel, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern solle [1]), sei so allgemeiner und unbestimmter Natur, daß sie eine unmittelbare Anwendung auf die Beurtheilung practischer Rechtsfragen gar nicht zulasse, son-

1) Daß dieser Satz gemeinrechtlich kein selbstständiger Verpflichtungsgrund sei, sondern immer einen speciellen rechtlichen Grund zur Vergeltung oder Rückforderung voraussetze, wird jetzt immer mehr anerkannt. S. Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen Bd. I S. 6 ff. S. 10 ff., Puchta, Vorlesungen § 279; auch Renaud, Lehrbuch des gem. deutschen Wechselrechts § 88 Anm. 10. — Die Beweisführung wird dadurch erheblich erschwert, daß die Bereicherungsklagen unter verschiedenen an sich inhaltlosen Namen — bald a. ex versione in rem, bald a. in factum, bald condictio immer wieder eingeschmuggelt werden. S. unten §§ 4, 24 f.

dern lediglich auf die Entstehung mancher Rechtsregeln Einfluß gehabt habe, so daß sie höchstens als einzelnes Element in wirklich practischen Regeln enthalten sei, wo sie nur in Verbindung mit sehr concreten Voraussetzungen Leben und Wirksamkeit erhalte.

Auch können wir im Allgemeinen nur beistimmen, wenn neuerdings Witte (in seiner Schrift: Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859 Vorrede S. V) sich — offenbar im Anschluß an jene Aeußerung v. Savigny's — dahin ausspricht,

„jener Satz enthalte nichts als eine Anforderung der Billigkeit, die zwar bei der Entwickelung der verschiedensten Rechts-Institute von dem größten Einflusse gewesen sei, selbst aber in ihrer Allgemeinheit, die sie mit dem bekannten praeceptum iuris: „suum cuique tribuere“ [2]) so ziemlich auf eine Stufe stelle, als unmittelbarer Rechtssatz nicht angesehen werden könne. — Ja, der Versuch, sie in consequenter Weise practisch geltend zu machen, würde sehr bald zu einem unlösbaren Widerspruche mit den unzweifelhaftesten Grundsätzen des positiven Rechts führen.“

Allein es wird sich doch nicht in Abrede stellen lassen, daß diese Sätze selbst viel zu allgemein und unbestimmt sind, um die sich daran knüpfenden practischen Fragen zu erledigen. Witte hat sich zwar, — wie er in der Vorrede S. IX versichert, — die Aufgabe gestellt: „die Fälle, in denen Jemand, ohne contractlich zum Ersatze verpflichtet zu sein, mit dem Schaden eines Andern einen Gewinn gemacht hat, zu prüfen, um zu erkennen, ob überhaupt eine Klage zulässig sei und auf welchen Grundsätzen die wirklich gegebene beruhe“;

---

2) Auctor ad Herennium III c. 4: „Justitia est aequitas, jus suum cuique tribuendi pro dignitate cujusque.“

allein er ist bei der Ausführung nur zu häufig in den auch bereits anderweit gerügten Fehler verfallen [3]), die im positiven römischen Rechte anerkannten Rechtsansprüche, insofern dabei der Bereicherungsbegriff irgend berücksichtigt wird, auf bloße Billigkeitsrücksichten zurückzuführen. — Damit sind die „Rechtsgrundsätze", — besser die Rechtsgründe, — auf welchen diese Ansprüche beruhen, nicht ermittelt. Es wirft sich in jedem gegebenen Falle von selbst die Frage auf, warum gerade hier Billigkeitsrücksichten wirkten? und warum gerade nach Maßgabe der Bereicherung? — Sagt doch Witte (a. a. O. S. VII) selbst: „Während es vom Standpunkte des Verlierenden als unbillig erscheinen möge, daß ihm ein Theil seines Vermögens wider seinen Willen ohne Ersatz entzogen werde, könnten die verschiedensten Gründe vorliegen, welche es als eine Unbilligkeit gegen den Gewinnenden erscheinen lassen würden, wollte man ihn zur Herausgabe des erworbenen Vermögenszuwachses zwingen."

Jener Fehler ist aber die natürliche Consequenz der Auffassung, als habe man es in dem Satze: „quod nemo locupletior fieri debeat, cum damno alterius" nur mit einem als Rechtssatz nicht unmittelbar anwendbaren Billigkeitspostulate zu thun. Diese Auffassung ist der natürliche Rückschlag des entgegengesetzten Extrems, der Ansicht nämlich, daß es selbstständige Bereicherungsklagen gebe. Die Wahrheit liegt in der Mitte. — Jener Satz ist in fast unzähligen Fällen durchaus und zwar als Rechts-

---

3) S. die Recension von W. (Windscheid) in der Münchener Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. I Heft 1 S. 117. 120 und vergl. damit beispielsweise die SS. 88 f., 102, 162, 322, 326, 327 f. des Witte'schen Buchs.

satz practisch anwendbar; er enthält nur kein selbstständiges Klagefundament.

Es kommt also darauf an, festzustellen, worauf jene practische Anwendung beruht, und somit die von Witte gestellte Aufgabe wirklich zu lösen. Eine sichere Grundlage hierfür läßt sich aber nur gewinnen, wenn vorweg die Gründe, welche gegen die Annahme besonderer Bereicherungsklagen sprechen, einigermaßen übersichtlich zusammengestellt werden. Die äußere Rechtfertigung dieses Verfahrens wird sich theils aus der ganzen folgenden Darstellung von selbst ergeben, theils liegt sie darin, daß bedeutende Schriftsteller, wie v. Holzschuher[4]), Koch u. A., allerdings noch besondere Bereicherungsklagen annehmen und v. Savigny (Obligat.-Recht Bd. I S. 26) sogar die grundlose Bereicherung aus fremdem Vermögen neben den Verträgen und Rechtsverletzungen als den dritten der Entstehungsgründe der auf einer naturalis ratio beruhenden Obligationen aufführt[5]). — Abhülfe endlich gegen den Uebelstand, daß viele positive Rechtsansprüche bald in dieser bald in jener Form auf vage Billigkeitsrücksichten zurückgeführt werden, erblicken wir in einer Hervorhebung des systematischen Gesichtspunktes, in scharfer Abgrenzung derjenigen Rechtsge-

---

4) Theorie und Casuistik (II Aufl. 1858) Bd. III S. 6. S. 512 Note.

5) Es scheint fast, als habe v. Savigny hier seine eigenen früheren Ausführungen über die Bedeutung des Bereicherungsbegriffs (System Bd. III S. 451. 452. Bd. V S. 526) aus den Augen verloren. So stimmt z. B., was an der letzteren Stelle über die Anwendung jenes Begriffs auf die Lehre von den Condictionen gesagt wird, doch schwerlich damit, daß dieselben nach Obl.-R. Bd. I S. 64 dazu dienen sollen, „jede zufällige (!) grundlose Bereicherung aus fremdem Vermögen anzufechten." — Vgl. übrigens unten §§ 18 bis 20.

biete, in und neben welchen man bisher für die in der Luft schwebenden Billigkeitsrücksichten noch Raum zu finden pflegte.

§. 2.

Es zerfällt hiernach unsere Aufgabe in folgende drei Theile:

I. Kritik des Begriffs der Bereicherungsklagen;

II. Erörterung des Begriffs der Bereicherung selbst in ihrer rechtlichen Bedeutung, sowie der Art und des Umfanges seiner practischen Anwendung.

III. Scharfe Abgrenzung der Rechtsgebiete des Eigenthums, der Verträge und der (einseitigen Rechtsgeschäfte, insbesondere der) Condictionen, um festzustellen, welchem dieser Gebiete die Rechtsansprüche zweifelhaften Charakters zufallen.

Beginnen wir mit der Kritik (ad 1), so tritt uns hier zunächst das Bedürfniß eines festbestimmten Begriffs der Bereicherungsklagen entgegen. Wir müssen denselben, da die gemeinrechtliche Literatur kein in gleichem Grade brauchbares Material liefert, aus C. F. Koch's Schriften entnehmen. In seinem Lehrbuche des Preußischen gemeinen Privatrechts Bd. II § 642 läßt sich derselbe unter der Ueberschrift „Actio in factum wegen Bereicherung" wie folgt vernehmen:

„Die condictio sine causa ist über ihre Gränzen ausgedehnt worden auf einige Fälle, wo Jemand Etwas umsonst haben würde, was seinem Eigenthümer[6]) ohne Vergütung und ohne rechtsgültigen Grund oder doch, ohne daß der ursprünglich vorhandene Grund fortwirkt, entzogen wird. Die hier als eine actio in factum gegebene Klage auf Zurückerstattung steht den Condictionen und sogar der Vin-

Soll wohl heißen seinem früheren Eigenthümer; oder — lcher von Rechtswegen als Eigenthümer anzusehen ist?

dicationsklage als ergänzendes Rechtsmittel zur Seite und kann also unter Umständen, wo sie die Vindicationsklage ergänzt, selbst gegen Dritte gebraucht werden [7])."

Die Erfordernisse der Klage wegen Bereicherung werden sodann dahin aufgestellt:

1. Der Beklagte muß bereichert sein — nicht in Folge eines Rechtsgeschäfts, sondern durch einen ohne sein Zuthun eingetretenen, den Rechtsgrund factisch aufhebenden Umstand.
2. Der Kläger muß dadurch Schaden erleiden, d. h. dasjenige, worin die Bereicherung des Beklagten liegt, muß aus dem Vermögen des Klägers hervorgegangen und die Absicht, in welcher diese Veränderung der beiderseitigen Vermögensmassen bewerkstelligt worden, factisch vereitelt sein.
3. Der Grund der Verpflichtung zur Erstattung des Vortheils ist — die Redlichkeit des rechtschaffenen Mannes [8]). Verweigert der Empfänger die Rückgabe

7) Verwiesen ist hier auf L. 3 i. f. D. de cond. indeb. (12. 6) und L. 23 de R. C. (12. 1). — S. über beide Stellen unten § 5, über die lex 23 cit. auch § 13.

8) Verwiesen ist 1) auf L. 10 § 1 (s. h. § 3) D. Mand. 17. 1, wo in Betreff des Mandatsverhältnisses gesagt wird, der Bevollmächtigte handle unrechtmäßig, wenn er mit dem ihm anvertrauten Gelde für sich selbst Geschäfte macht: „debere eum praestare, quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non (sc. eam pecuniam foenari dare) quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat (sc. procurator)". — 2) auf L. 6 § 2 D. de J. D. (23. 3) Diese L. handelt von der restitutio in integrum wegen Betruges: „si in dote danda circumventus sit alteruter" und rechtfertigt dieselbe durch einen Hinweis auf die aequitas restitutionis: „quia bono et aequo non convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum". — S. §. 6.

dessen, was ihm auf solche Weise zufällig durch den Verlust des Gebers zum unverhofften, keineswegs als Folge des Rechtsgeschäfts anzusehenden Gewinn geworden, dem dadurch Beschädigten, so handelt er unredlich und kann auf Grund seines dolus zur Herausgabe gezwungen werden. Die Klage wegen Bereicherung gründet sich also auf den dolus des Beklagten [9]).

4. Dem Kläger liegt — wie bei der Vindication hinsichtlich des Besitzes (!) [10]) in der Regel der Beweis (der noch vorhandenen Bereicherung) ob. Hat aber der Beklagte den ursprünglich empfangenen Gegenstand gegen Geld oder andere Sachen umgesetzt, so ist diese Thatsache zur Begründung der Klage genügend und der Beklagte hat zu excipiren, daß der nämliche Werth oder Erlös ohne seine Schuld ihm wieder entgangen [11]).

---

9) In dolo im gewöhnlichen Sinne ist der Beklagte jedenfalls nur, wenn er weiß, daß er (aus dem Vermögen des Klägers) bereichert ist. S. Anm. 16 und den Text weiter unten.

10) „Wie bei der Vindication hinsichtlich des Besitzes!" — Hiermit spricht Koch, wie es scheint unbewußt, entschieden gegen sich selbst. Der Besitz des Beklagten ist bekanntlich nur Veranlassung, nicht Rechtsgrund der Vindication; er ist nur, wie man zu sagen pflegt, die „Passivlegimation zur Sache". Dasselbe also gilt — nach Koch's Zugeständniß — auch von der Bereicherung; mit anderen Worten: seine Bereicherungsklagen sind so wenig Klagen aus der Bereicherung, als die Vindication eine Klage auf Grund des Besitzes ist.

11) Verwiesen ist auf L. 18 D. quod metus causa (4. 2). S. über diese Stellen unten § 9 Nr. III. — Vergl. auch Koch, Commentar Anm. 18 zu § 274 Th. I T. 13 All. LR.s und über die von Koch aufgestellten Verschiedenheiten zwischen der auf Billigkeit beruhenden Bereicherungsklage und der (Contractklage) de in rem verso S. Archiv für Deutsches Wechselrecht von Siebenhaar und Tauchnitz Th. II S. 56; ferner Koch, Preußisches Privatrecht § 573; Recht der Forderungen Th. II S.

Daß die Klage wegen Bereicherung sich „ganz allein auf den dolus des Beklagten“ gründe, wiederholt Koch auch in seinem Commentar zum Allg. Landrechte für die Preußischen Staaten (Anm. 17 zu § 274 Th. I T. 13), indem er bezüglich der gemeinrechtlichen Bereicherungsklage ferner bemerkt:

„Es ist ein wesentliches Erforderniß jedes lediglich wegen unbilliger Bereicherung zugelassenen Anspruchs, — es ist eine Eigenthümlichkeit des Instituts, daß die Bereicherung noch zur Zeit der Klage, nach römischem Rechte zur Zeit der Litiscontestation vorhanden sein muß, sonst fehlt Grund und Gegenstand der Klage.“

Hinzuzufügen wäre noch, daß, wie Koch an anderen Stellen seines Commentars anmerkt [12]), es eine fernere Eigenthümlichkeit der Bereicherungsklage ist, daß sie (im Gegensatz zur a. de in rem verso) nur auf Billigkeit beruht, ihrer Natur nach nur ein subsidiäres, gleichsam das letzte Rechtsmittel ist, welches erst, wenn kein anderes mehr übrig, zur Anwendung kommt; ferner, daß diese actio in factum 30 Jahre dauert.

Auf dieser Grundlage wird es uns nunmehr leicht werden, den Begriff der gemeinrechtlichen Bereicherungsklage theoretisch genau zu fixiren.

Koch bezeichnet, wie wir gesehen haben, die Bereicherungsklage als Erweiterung der condictio sine causa [13]); auch ist die oben mitgetheilte Charakteristik, wel-

---

531 f. und Allg. Landrecht für die Preuß. Staaten mit Commentar Anm. 1 zu § 288 Th. I T. 13 All. LR.

12) Commentar Anm. 1 zu § 228, Anm. 17 zu § 274 T. 13; Anm. 29 zu § 56 T. 9 Th. I All. LR.s.

13) S. Commentar Anm. 92 zu § 368 T. 5, Anm. 19 zu § 27 Th. II T. 10. — In Anm. 57 zu § 199 Th. I T. 16 All. LR.s

che er (im Preußischen Privatrecht § 642) von ihr entwirft, wesentlich identisch mit dem, was sonst als das Wesen der condictiones ob causam datorum gelehrt zu werden pflegt. Dennoch wird die Bereicherungsklage den Condictionen mehrfach (Commentar zum Preuß. Landrecht Anm. 16 zu § 883 T. 11; Anm. 4 zu § 262 T. 13 Th. I) gegenübergestellt; sie ist also keine condictio. Auch geht sie ja in rem, könnte also eher eine Eigenthumsklage sein, zumal in § 642 cit. gesagt wird, daß die Bereicherung „aus dem Vermögen des Klägers hervorgegangen" sein müsse, daß die actio in factum wegen Bereicherung stattfinde, wo Jemand Etwas umsonst haben würde, was „seinem Eigenthümer" ohne Vergütung u. s. f. entzogen wird.— Daß indessen die Bereicherungsklage wenigstens keine Vindication ist[14]), wird ausdrücklich gesagt: sie tritt erst ein, wo die Vindication sowohl als die Condictionen unanwendbar sind und ist auch nur subsidiär, „gleichsam das letzte Rechtsmittel".

Dies letztere Merkmal in Verbindung mit dem wiederholten Ausspruche, daß die Bereicherungsklage sich (eigentlich nicht auf die Bereicherung, vielmehr) „ganz allein auf den dolus des Beklagten" gründe, läßt auf eine Verwandtschaft mit der actio doli schließen. Es hat aber mit diesem

---

wird gesagt, das Princip der condictio sine causa sei aufgenommen in § 262 bis 264, 277, 278 T. 13. Th. I Allg. LR.

14) Dies ergiebt sich freilich schon daraus, daß jeder Anspruch eben dadurch, daß er im Vindicationsproceß geltend gemacht wird, über die Bereicherung hinausgeht, mag sein Fundament sein, welches es wolle (s. unten § 11 ff.). Dagegen könnte die sogen. Bereicherungsklage immer noch eine beschränkte Eigenthumsklage sein. Freilich gehen die beschränkten im Römischen Rechte unter dem Namen condictio oder a. in factum vorkommenden Eigenthumsansprüche soviel bekannt nicht in rem (s. unten §§ 12 bis 14).

dolus, wie Sell (Versuche im Gebiete des Civilrechts Th. I S. 14. S. 16) sehr richtig bemerkt, die eigene Bewandtniß, daß der Bereicherte gar nicht in dolo gewesen zu sein braucht, vielmehr im Gegentheil gerade „vorausgesetzt wird, daß er sich einer Arglist nicht bereits schuldig gemacht habe“, da seine Verbindlichkeit sonst über die Bereicherung hinausgeht [15]). Es ist also nur ein hypothetischer dolus, eine objective mala fides gemeint. Diese kann freilich in der Weigerung der Herausgabe eines gezogenen Gewinnes gefunden werden, wenn ein besonderes Rechtsverhältniß vorliegt, aus welchem seiner Natur nach der Beklagte keinen Gewinn zu beanspruchen hat. Schützt nun Beklagter eine beliebige Einrede vor, so kann Kläger natürlich jenes naturale negotii vermittelst einer replicatio (doli generalis) geltend machen [16]). Diese Replik hat aber selbstredend

---

15) S. L. 1 § 5 D. depositi (16. 1). „An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeriter? Sed probari oportet, si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse si dolum committit; nam si locupletior factus est, datur actio in eum et si dolus non intervenit.“ — Der contractus depositi ist nämlich seiner Natur nach für den Depositar kein lukratives Geschäft. S. unten § 16.

16) S. L. 17 § 4 D. de instit. act. (14. 3). „Proculus ait, si denunciavero tibi, ne servo a me proposito crederes, exceptionem dandam: „si ille illi non denunciaverit, ne illi servo crederes. Sed si ex eo contractu peculium habeat, aut in rem meam versum sit, nec velim quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet, nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram.“ — Wohl zu merken, weil hier erweislich ein Darlehnsgeschäft vorlag, also ein Geschäft, aus welchem der Empfänger niemals berechtigt sein kann, einen Capitalgewinn zu ziehen; er macht sich also einer Contractwidrigkeit (dolus in diesem Sinne) schuldig, wenn er das geliehene Geld thatsächlich erhalten resp. in seinen Nutzen verwandt hat und es gleichwohl nicht herausgeben will. — Mit Unrecht glaubt also

mit der subsidiären actio doli nicht das Geringste zu schaffen; — ebensowenig allerdings mit der problematischen Bereicherungsklage.

Das Resultat wäre also, daß die Bereicherungsklagen keine Condictionen, keine Vindicationen, keine Betrugsklagen, vielmehr:

1) ein besonderes Institut sind, als welches sie im römischen Rechte unter dem Namen der actiones in factum vorkommen; daß sie voraussetzen
2) eine zur Zeit der Klageanstellung noch fortdauernde (gegenwärtig oder von jeher) grundlose Bereicherung des Beklagten aus dem Vermögen des Klägers; ferner
3) daß hierbei durchaus kein gültiges, nach den Grundsätzen des strengen Rechts einen Anspruch gegen den Bereicherten begründendes Rechtsverhältniß entstanden sei oder concurrire, so daß
4) überhaupt kein Rechtsmittel vorhanden ist, außer der subsidiären actio in factum (wegen grundloser Bereicherung), welche in rem geht und erst in 30 Jahren verjährt.
5) Es gründet sich diese actio in factum auf die Redlichkeit des rechtschaffenen Mannes: darauf, daß die Verweigerung der Herausgabe der nachgewiesenen Bereicherung unredlich sein würde; und auf Billigkeit: darauf, daß die Bereicherung zum Schaden des Klägers unbillig sein würde.

Heimbach (in Weiske's Rechtslexicon s. v. „Bereicherung"), durch diese Stelle werde bewiesen, daß die Römer in solchen Fällen eine praesumtio doli aufgestellt hatten. Das Richtige ist, daß unter dolus malus nicht nur die subjective, sondern auch die blos objective Rechtswidrigkeit verstanden wird, wie in l. 199 D. 50. 17. Gaius IV, 21; s. auch die vorige Anm. — und als Anwendung auf die solutio l. 4 § 4. D. 44. 4.

Wir könnten uns nun mit der soeben aufgestellten allerdings etwas weitläufigen Definition in aller Kürze abfinden, indem wir dieselbe bloß paraphrasirten; etwa so:

(1) Das Institut der Bereicherungsklagen ist nicht nachweisbar, läßt sich auch unter der allgemeinen Benennung „a. in factum" nicht erkennen, weil diese einer sehr großen Zahl der verschiedensten Klagerechte gemeinsam, nur überhaupt deren prätorischen Ursprung andeutet. Ebensowenig ergiebt sich (2) die Natur eines fraglichen Klagerechts aus der Voraussetzung der Bereicherung des Beklagten, da sie — wie bei der Vindication der Besitz — nur Veranlassung und Gegenstand des Anspruchs (der actio) bezeichnet. Voraussetzung jedes Anspruchs ist aber eben (3) ein bereits begründetes wirksames Rechtsverhältniß, ohne welches (4) die Grundlosigkeit der Bereicherung des Beklagten dem Kläger nichts helfen würde, da es gerade darauf ankommt, ob und wie die Abforderung in seiner Person gegründet ist u. s. f.

Wir ziehen es indessen auf die Gefahr hin, uns dem Vorwurf überflüssiger Gründlichkeit auszusetzen, doch vor, etwas umständlicher zu Werke zu gehen.

Als selbstverständlich erscheint zunächst die Voraussetzung:

(3) daß kein anderes, schon nach den Grundsätzen des strengen Rechts einen Anspruch gegen den Bereicherten begründendes Rechtsverhältniß entstanden sei oder concurrire;

denn wo ein anderes Rechtsverhältniß den Anspruch begründet, wäre doch wohl die Annahme eines eigenthümlichen Instituts specifischer Bereicherungsklagen überflüssig und aus der Luft gegriffen. Sollen (5) Ansprüche auf Redlichkeit gegründet werden, so müssen diese irgend einen nur aus bestimmten Verhältnissen, — wie Kauf, Societät, Versicherungsvertrag, Mandat u. s. f. — zu entnehmenden Maßstab

haben und es ist ein in abstracto zu ermessender Anspruch auf Redlichkeit geradezu undenkbar. In der That ist aber unter „Redlichkeit des rechtschaffenen Mannes“ die bona fides, das „rechtmäßige Verhalten“ verstanden [17]) und müssen wir also zunächst nach dem Rechte fragen, dem angemessen der Beklagte sich verhalten soll.

Daß sich auch auf die Billigkeit Rechtsansprüche nicht gründen lassen, dafür giebt es sogar noch triftigere Gründe. Sie steht als rein subjective Anschauung und Beurtheilung der Verhältnisse überhaupt außerhalb des Rechts — insofern die Normen desselben nicht erst geschaffen werden sollen, sondern bereits als Staatswille objectiv dastehen (S. Voigt, Jus naturale S. 15 ff., 18, 24). Als politisches Motiv (utilitas) für die Aufstellung neuer, bisher nicht vorhandener Rechtssätze denkbar, kann sie doch niemals Inhalt auch nur eines einzigen Rechtssatzes werden. Diese tragen das Maß ihrer Anwendung lediglich in sich selbst. Auch als practische

17) Ueber die bona fides als die im Gegensatz zu dolus malus den Rechtsanforderungen (der aequitas) entsprechende Gesinnungs- und Handlungsweise s. Weiske's Rechtslexicon s. v. bona fides Bd. I S. 261 und vorzüglich Voigt, Jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer Th. I (1856) § 64, § 68 ff., § 76 ff. und Beilage VII S. 583 ff. — Die hier in Betracht kommende L. 31 pr. D. depositi (16. 3) „bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat etc.“ ist auch insofern interessant, als Tryphonius hier untersucht, ob das „Angemessene“ (aequitas) nach dem jus gentium oder nach dem jus civile zu beurtheilen sei, und schließlich die aequitas ohne Weiteres mit der Gerechtigkeit identificirt: „Et probo, hanc esse justitiam, quae suum ita cuique tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae justiore repetitione.“ — Die besondere Hervorhebung der bona fides bei gewissen Rechtsgeschäften deutet übrigens auf den Mangel einer im Detail entwickelten Rechtstheorie derselben (s. § 15). In modernen Gesetzbüchern findet sich deshalb nur selten Veranlassung, dieselbe besonders zu betonen.

Bethätigung der Subjectivität steht die deutsche „Billigkeit“ der Anwendung allgemeiner Regeln (leges) feindlich gegenüber [18]); sie hat keine Herrschaft, überhaupt keine Geltung im Rechte zu beanspruchen, in welcherlei Gestalt sie sich auch auf das Gebiet des Rechts verirren mag, ob als Raisonnement aus einer irrthümlich für maßgebend gehaltenen ratio legis, als angeblich berechtigte interpretatio, als das Gesetz beugende richterliche Milde (benignitas, clementia) in der Rechtsanwendung oder sonst (S. Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts S. 24 f. S. 27) [19]).

18) Vergl. dagegen Cicero Topic. c. 4: „Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat.“ — Gegen die Verwechselung der subjectiven Billigkeit im heutigen Sinne mit der Römischen aequitas s. u. A. Albrecht, Die Stellung der Römischen aequitas in der Theorie des Civilrechts (1834) S. 18 ff. und Voigt, Jus naturale Th. I S. 5 S. 11 ff. Dergleichen Verwechselung kam auch wohl in der Römischen Rechtspraxis vor und wurde von Celsus als höchst verderblicher Irrthum bezeichnet in der bekannten L. 91 § 3 D. de V. O. (45. 1): „Esse hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur.“ — Von den heutigen Juristen sagt Albrecht a. a. O. S. 20, daß sie von Billigkeit im jure civili nichts hören wollen, indem sie sich nicht über die Idee der rein subjectiven moralischen, christlichen Billigkeit zu erheben vermögen und andrerseits von der davon ganz verschiedenen aequitas des Römischen Rechts keine deutliche Vorstellung haben. — Das ist vielleicht neuerdings anders geworden. Als zutreffendes Beispiel aus früherer Zeit aber müssen wir leider den Ausruf von Jhering (in den Abhandlungen Bd. I (1844) S. 51 Note 1) anführen: „Mit bona fides und aequitas können wir die ganze Jurisprudenz über den Haufen werfen, die heutige Jurisprudenz darf keine bona fides und aequitas mehr kennen; daß sie es nicht darf, ist ihr Vorzug vor der römischen!“ — Beiläufig bemerkt ist die Etymologie des Wortes „billig“ nicht klar. (Englisch: Bill = was Recht werden soll? Lateinisch: bilanx, billicare = in's Gleichgewicht bringen?) Vergl. darüber Albrecht a. a. O. S. 19 Anm. 35.

19) Auch von ihrer practischen Seite zeigt sich die „Billigkeit“ im

Wir wollen indessen keinen Wortstreit führen. Unzweifelhaft hat Koch an den heutigen Begriff der Billigkeit gar nicht gedacht; er hat nur das Wort für einen vermeintlich identischen, in der That wesentlich verschiedenen Begriff gebraucht, — für den der römischen aequitas. Diese aber, die aequitas („Ermessen", „equity") bezeichnet im Gegensatz der „Billigkeit" und abgesehen hier von ihrer historischen Bedeutung [20]) einen Zustand des Rechts selbst: eine Ausbildung und Anwendung des Rechts, in welcher dasselbe von seinen obersten Principien herab bis zur individuellsten Gestaltung seiner einzelnen Institute den wirklichen Verhältnissen und Bedürfnissen angemessen ist [21]), in welcher es Tendenz,

---

heutigen Sinne als das gerade Gegentheil der Rechtsausübung, nämlich als freiwilliges Abstrahiren vom Rechte, indem mehr geleistet wird, als wozu wir selbst, weniger gefordert wird, als wozu Andere uns verpflichtet sind. — S. Albrecht a. a. O. S. 18 S. 22 Note 41.

20) Als das aus dem jus gentium et naturale herstammende (d. h. theils von den Peregrinen entlehnte, theils auf rationellem Wege durch Abstraction von den subtilitates juris civilis gefundene) Recht. Näheres hierüber bei Dirksen im Rheinischen Museum Bd. I S. 1 ff. Puchta, Cursus der Institutionen §§ 84. 85. Harrter, „Abhandlung über bonum et aequum" im Archiv für civilistische Praxis Bd. 29 S. 253 ff. und am ausführlichsten Voigt, Jus naturale. Th. I. — Die römischen Juristen äußern sich öfter über das Verhältniß der aequitas naturalis und civilis, so Tryphonius in L. 31 D. depositi (16. 3) und Ulpian in L. 1 § 1 D. si is qui testamento (47. 4), worauf hier indessen nicht näher einzugehen.

21) Dies ist der Inhalt der ars boni et aequi (L. 1 § 1 D. de J. et J. (1. 1). — Im Einzelnen hat jedes Rechtsinstitut seine eigene aequitas (seine sittliche und rechtliche Berechtigung), insofern es sich mit Nothwendigkeit aus der Gestaltung der menschlichen Gesellschaft und der Verkehrsverhältnisse ergeben hat, und ebenso hat jeder einzelne Rechtssatz seine ihm eigenthümliche aequitas (Gerechtigkeit, Angemessenheit),

Raum und Fähigkeit hat, sich dem Leben fort und fort anzupassen, seine mannichfaltigsten Gestaltungen zu durchdringen und in sich aufzunehmen. Das wenigstens annähernd zu erreichende Resultat ist: Congruenz des Rechts mit den Gegenständen seiner Anwendung; Aufhebung jedes Mißverhältnisses

---

insofern er der Natur und der inneren Consequenz des zu regulirenden Rechtsverhältnisses entspricht. — In diesem Sinne gründen sich z. B. nach dem Zeugniß der Quellen auf eine aequitas naturalis: das Repräsentationsrecht der Enkel (l. 1 § 4 D. de suis et legit. 38. 16); das jus postliminii (l. 19 pr. D. de captivis 49. 15); das prätorische Edict de pactis (l. 1 D. 2. 14); das Edict de constituta pecunia (l. 1 D. 13, 5); der titulus de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione quaesita (l. 1 D. 37. 5); das Edict de minoribus (l. 1 D. 4. 4); das Finderrecht des Grundeigenthümers am Schatz (§ 39 Inst. II 1); die bonorum possessio der Cognaten (l. 2 D. unde cognati 38, 8); der Eigenthumserwerb durch Tradition (l. 9 § 3 D. 41. 1) und das Interdictum de precario (l. 2 § 1 D. de precario 43. 26: „est enim natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem"). — Als Postulate der aequitas (d. h. der Natur des Rechtsverhältnisses) werden ferner die Rechtssätze hingestellt, daß der dominus seinem Procurator die bona fide verauslagten Proceßkosten ersetzen muß. l. 46 § 6 D. de procurat. (3. 3); daß dem Ehemann, da er allein die Kosten der Ehe trägt, auch die Früchte des Heirathsguts gebühren, l. 17 pr. D. de jure dot. (23. 3); daß der Legatar nicht über den Werth der erhaltenen Zuwendung beschwert werden kann, l. 70 § 1 D. de leg. II (31). — S. Brissonius de verb. signif. v. aequitas. — Daher ist denn aequum im Allgemeinen nichts Anderes als das conveniens, consequens, necessarium, die praktische Festhaltung des Gerechten, rechtlich Angemessenen und Nothwendigen; s. l. 90 de V. J. (50. 17). Deshalb lobt denn auch Cicero in der Rede pro Caecina den Aquilius Gallus „quod juris civilis rationem nunquam ab aequitate sejunxisset". — (S. Brissonius a. O. und Harrter a. O. S. 270 ff.) — Hiernach ist es durchaus unlogisch und unzulässig, die aequitas zum besonderen Charakter und unterscheidenden Merkmale eines einzelnen Rechtsinstituts oder Klagerechts stempeln zu wollen.

zwischen jus und factum (Albrecht, Die Stellung der Römischen Aequitas S. 14), woher man das aequum jus als das der Natur der Sache angemessene, sich aus der inneren Consequenz der Sache selbst ergebende Recht zu bezeichnen pflegt (Kierulff a. a. O. S. 22 f.). — Hiernach enthält nun — und das zu zeigen, war der Zweck dieser Erörterung — die Begründung der Bereicherungsklage auf die aequitas (alias „Billigkeit") ganz im Allgemeinen, nichts Anderes als die Behauptung: die Aufhebung der Bereicherung des A aus dem Vermögen des B sei abgesehen von allen besonderen Verhältnissen, also unter allen Umständen angemessen und consequent — ein Satz, welcher wohl kaum der ihm von v. Savigny (System Bd. V S. 526 — vergl. unten § 20) zu Theil gewordenen Widerlegung bedürfte.

Denn die aequitas kann, — wie die ihr entsprechende Handlungsweise (Redlichkeit, bona fides), nur in individuellen Gestalten sichtbar werden[22]). Dasselbe gilt von einzelnen Elementen der aequitas; und zu diesen gehört auch die Angemessenheit oder Unangemessenheit des Bereichertseins, zu deren Beurtheilung es ebenfalls individueller Maßstäbe bedarf[23]).

---

22) S. die vorige Anm. Um noch ein Beispiel anzuführen, so hat jedes Rechtsgeschäft je nach dem theils ausgesprochenen theils sich aus seiner Natur und seinem Zwecke ergebenden Willen der Contrahenten seine eigenthümliche aequitas. S. l. 11 pr. D. 1: „Sciendum est, in hoc judicium id demum deduci, quod praestari convenit, quum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestati." Vgl. l. 4 D. de praes. verb. (19. 5): „Natura rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula."

23) Von einer vollständigen Aufzählung der Elemente der ae-

§ 4.

Wenn nun (4) die Bereicherungsklagen als subsidiäre actiones in factum auftreten [24]), so könnte uns zunächst ihre Subsidiarität vielleicht bedenklich sein, insofern bereits einem andern Klagerecht von durchaus verschiedenen Eigenschaften (actio doli: in personam auf Infamie

quitas kann natürlich keine Rede sein; allenfalls lassen sich gewisse Hauptrichtungen derselben hervorheben. Voigt (Jus naturale Bd. I S. 350 ff.) hat dies versucht und stellt fünf Hauptrichtungen auf, in denen sich zur Zeit der classischen Jurisprudenz die aequitas verwirklicht habe: 1) Princip der Berücksichtigung der auf die Blutsverwandtschaft und Ehe gestützten Verbindungen (ratio sanguinis, ratio cognationis). 2) Princip der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treue und Glauben geboten erachtete (z. B. L. 1 pr. D. 2. 14; L. 1 pr. D. 13. 5). 3) Princip der Zutheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil und insbesondere von Gewinn und Verlust nach dem durch die Verhältnisse gegebenen Maßstabe von Angemessenheit (darüber genauer S. 322 ff., 371 ff. 592 f. 604 ff. a. a. O. und l. 14 D. 12. 6; l. 10 l. 206 D. 50. 17 (welche letztere Stelle Harrter a. a. O. mit Recht nur auf die negotiorum gestio bezieht); L. 6 § 2 D. 23. 3; L. 1 § 1 D. 47. 4, l. 63 § 5 D. 47. 2, § 30 J. 4. 6 sowie viele andere Stellen). 4) Princip der Freiheit der Willenserklärung von positiv und gesetzlich gegebenen Formen, wie überhaupt der Prävalenz der Willensbestimmung gegenüber der Willenserklärung (z. B. l. 9 § 3 D. 41. 2, l. 36 D. 45. 1). 5) Princip der Berücksichtigung der Individualität der concreten Verhältnisse (z. B. condemnatio infinita oder cum taxatione, Cognition über justa causa und dergl.).

24) Genaueres über diese subsidiäre actio in factum bei Sell, Versuche I S. 35 ff., S. 116 ff. — Von Malblank, Princ. juris T. II p. 515 wird dieselbe Klage erwähnt für den Fall einer durch einen Stellvertreter vermittelten versio in rem. Dies hängt zusammen mit der Substituirung der „in rem versio“ für den Begriff der Bereicherung im gemeinen Rechte, wovon sowie von der Identität dieser a. in factum und der sogen. a. ex versione in rem an einem andern Orte die Rede sein wird.

und vollständigen Schadenersatz mit kurzer Verjährung) dieser Charakter höchster Subsidiarität beiwohnt, ohne daß je in den Quellen von dem Verhältniß der beiderseitigen Subsidiarität die Rede wäre.

Abgesehen von diesem verhältnißmäßig nicht erheblichen Punkte handelt es sich hier um den Werth des Ausdrucks „actio in factum“ [25]), welcher vom Standpunkte des heutigen Rechts nicht in der historischen Erinnerung an die prätorische Jurisdiction gefunden, sondern nur danach bemessen werden kann, inwiefern dieser terminus zur Bezeichnung eines concreten Klagerechts geeignet ist.

Die heutige Wissenschaft hat darzustellen, welche Rechtsverhältnisse das römische Recht kennt; sodann in welchen Richtungen und in welchem Umfange es jedes derselben als wirksam anerkennt. Sie hat dabei nicht von Außen nach

25) Ist eine Klage, deren thatsächlicher Grund (nicht etwa, wie Kämmerer in der Zeitschr. für Civilr. und Prozeß Bd. 8 S. 154 Anm. meint, auf einem Factum des Beklagten beruht (!), sondern) nicht unter die vulgaria et usitata nomina actionum paßt; — wogegen sich der Ausdruck a. in factum concepta nur auf den Decretirstyl des Prätors — Abfassung des Condemnationsbefehls ohne Hinweisung auf das jus civile durch „qdqd. o. e. r. d. f. oportet“ — bezieht. S. hierüber v. Keller, Der Römische Civilproceß S. 133 f., S. 292; v. Vangerow, Leitfaden § 138, v. Savigny, System Bd. V S. 92. 96 f. — Heutzutage ist die Hinweisung auf das geltende Recht überhaupt gleichgültig. S. Stryck, Us. mod. lib. 19 tt. 5. „De praescriptis verbis et in factum actionibus“: „Titulus praesens hodie in foro frequentissimus est, praesertim quoad actiones in factum. Neque enim formulam agendi habemus etc..., sed quilibet actu verba in factum, id est libellum suum juxta circumstantias in facto occurrentes concipit, unde quod Praetor quondam intuitu contractuum innominatorum statuit, illud moribus nostris in omnibus contractibus simulque actionibus exinde descendentibus locum invenit.“

Innen, nicht von den äußern Wirkungen und der unmittelbar practischen Erscheinung der Rechte, den Klagen, Ansprüchen, Einreden, sondern umgekehrt von der Quelle jener, von den Rechten selbst auszugehen. Damit erhebt sich die Wissenschaft weit über den Standpunkt des römischen Actionenrechts, welches gerade den naiven, unmittelbar practischen und deshalb volksthümlichen Standpunkt repräsentirt. — Das römische Actionenrecht liefert uns zum überwiegend größten Theil eine Terminologie der Ansprüche, nicht der Rechte. Und zwar ist hierbei das Verhältniß ein doppeltes. Es werden theils

1) verschiedene Rechtsverhältnisse (Rechtsgründe) unter demselben Namen verdeckt, weil der Anspruch (das petitum, die äußere Veranlassung zur Klage) derselbe ist, oder

2) dasselbe Rechtsverhältniß erscheint unter verschiedenen Namen je nach der Verschiedenheit seiner einzelnen Richtungen und äußerlich veranlaßten Ansprüche.

So bezeichnen z. B. ad 1 die aa. ad exhibendum, communi dividundo, finium regundorum, die aa. negatoria, confessoria, die operis novi nunciatio, die cautio damni infecti, die aa. aquae pluviae arcendae, legis Aquiliae, condictio furtiva etc. etc. alle nur bestimmte Ansprüche, deren jeder wenigstens aus zwei, die meisten aus noch mehreren verschiedenen Rechtsgründen geltend gemacht werden können; so verbergen sich unter der a. legis Aquiliae Eigenthum, Nießbrauch, Pfandrecht, unter der actio communi dividundo dieselben Fundamente, außerdem die bonae fidei possessio, Superficies, der Societätsvertrag u.

f. f. [26]). — Andererseits kann ad 2 ein einzelnes Recht, z. B. Eigenthum und Pfandrecht je nach Umständen unter fast sämmtlichen soeben genannten Klagenamen auftreten; zu dieser großen Zahl kommen beim Eigenthum sogar noch die actio de tigno juncto, rei vindicatio, condictiones und actiones in factum (s. § 12 f.), der Kaufvertrag erscheint bald als a. emti, bald als redhibitoria oder quanti minoris u. s. f.

Hier herrscht also in beiden Richtungen die Aeußerlichkeit vor, während die Wissenschaft die Einheit des Klagegrundes obenan stellt, also z. B. auch nur Einer Eigenthumsklage bedarf, weil der Anspruch des Eigenthümers im Wesentlichen immer derselbe bleibt: Anerkennung seines Rechts [27]). — Dagegen bleibt den römischen Klage-

26) Näheres in Jhering's Abhandlungen Nr. II. S. 98 ff., S. 123 ff. und die tabellarische Uebersicht a. a. O. S. 136 f.

27) Die Klage auf Grund des Eigenthums ist im Sinne des heutigen Rechts nur Eine und dieselbe, mag sie nun 1) dem Gegenstande des Anspruchs nach auf Herausgabe des Besitzes, Vergütung von Früchten, Schadenersatz, Herausgabe der Bereicherung oder was sonst gehen, und mag sie 2) ihrer Veranlassung nach als a. confessoria, negatoria, a. legis Aquiliae, a. finium regundorum, cond. furtiva oder sonst welcher Anspruch auftreten. (Vergl. auch Delbrück, Die dingliche Klage 1857. S. 337 f.) — Umgekehrt giebt es z. B. keine besondere Theilungsklage, vielmehr ist der Anspruch, jenachdem er aus Eigenthum, Nießbrauch, Societätsvertrag u. s. f. hergeleitet wird, jedesmal rechtlich ein ganz verschiedener. — Dabei ist auch nicht außer Acht zu lassen, daß die römische Eintheilung der Ansprüche in actiones in rem und in personam eben deshalb für uns nur relativen Werth hat, weil sie keine Eintheilung nach Rechtsgründen ist, so daß das Zusammentreffen dinglicher und persönlicher Ansprüche bei der hereditatis petitio (auch bei der reivindicatio; s. § 12), bei den judiciis divisoriis und der a. quod metus causa keineswegs als Irregularität aufgefaßt werden darf. Insofern ist das von Windscheid (Die Actio 1856. S. 19)

namen auch von diesem Standpunkte der heutigen Wissenschaft immerhin eine große practische Brauchbarkeit, insofern sie, wenn auch nicht den Grund, doch wenigstens die Veranlassung der Klage (z. B. Besitz, Diebstahl, Gemeinschaft, Sachbeschädigung) und zugleich den Anspruch (Theilung, Herausgabe, Wiederherstellung, Umfang des Schadenersatzes) bezeichnen. — Aber auch nur dann! — Und daraus ergiebt sich die gänzliche Unbrauchbarkeit des Ausdrucks a. in factum, da dieser von jeher nur negative Begriff, welcher schon im späteren römischen Recht „ein bloßer Name war, ohne Bedeutung und ohne dem Charakter der Klage irgendwie zu präjudiciren“ (Puchta, Cursus der Institutionen § 185), nicht nur eine ganze Reihe von Klagerechten verdeckt [28]),

---

gegen die Beibehaltung dieser Eintheilung geäußerte Bedenken allerdings begründet. Im römischen Rechtsbewußtsein conservirte sich jene Eintheilung durch die unmittelbar practische und tiefgewurzelte Anschauung der gewissermaßen körperlich im Edict aufgestellten prätorischen Klageformeln. Wenn indessen Windscheid a. a. O. S. 229 ff. in den römischen Klagen ohne Unterschied nur noch Gespenster sieht, die bei lichtem Tage umherwandeln und die er deshalb ganz aus den Darstellungen des heutigen Rechts in die Rechtsgeschichte verweisen will, so möchten wir denn doch mindestens zu Gunsten der römischen Contractklagen eine Ausnahme machen, da wir dieselben, wie sich in § 15 ff. ergeben wird, noch nicht so rasch entbehren können.

28) Es kommen also — um hier nur einen ungefähren Ueberblick zu geben — actiones in factum vor a) aus Verträgen: beim Depositum und Commodat, bei den Innominatcontracten (a. in fact. civilis), beim Receptum. — b) aus einseitig übernommenen Verbindlichkeiten. Hierauf beruhen die Ansprüche (a. in factum) auf Rückgabe eines prätorischen Pfandes l. 9 D. de auct. judicis (42. 5); die Klagen auf Grund des Anerkenntnisses der causa redhibitionis (l. 31 § 17 D. 21. 1), auf Grund der Ableistung eines zugeschobenen Eides (l. 11 § 1 D. 12. 2. l. 8 C. 4. 1). — c. aus Delicten, a. i. f. accommodata legi Aquiliae, de mortuo inferendo, auf Ersatz eines in turba entstandenen Schadens, statt der

sondern auch nicht einmal über die Veranlassung der Klage und den Umfang des Anspruchs Aufschluß giebt.

Muß uns nun hiernach die Notiz, daß die Bereicherungsklagen „actiones in factum" sind, als eine ziemlich müssige erscheinen, — außer insofern darin das Zugeständniß liegt, daß jene Klagen „namenlose" sind, so bleibt uns doch der eigentlich materielle Punkt der obigen Definition übrig, die Voraussetzung nämlich (2):

§ 5.

Daß der Beklagte noch zur Zeit der Klageanstellung aus dem Vermögen des Klägers grundlos bereichert sei.

Die „Bereicherung" darf man hier nicht mit dem Reicherwerden verwechseln; es handelt sich hier nicht um einen Vergleich der jetzigen Vermögenslage mit einer frühern derselben Person; nicht einmal um den Vergleich zweier Vermögensmassen im Ganzen, vielmehr lediglich um einen Besitzwechsel im Einzelnen. Findet sich bei A ein Vermögenswerth, der früher bei B war, so ist ersterer bereichert, wenngleich er inzwischen in Folge anderweiter Verluste vollkommen verarmt sein mag. (Vergl. § 8 f.) Die Bereicherung in dem soeben erläuterten Sinne (als Besitz oder Genuß fremden Vermögens) muß dem Kläger gegen-

---

actio doli gegen Eltern und Patronen, gegen den falsus tutor, wegen calumnia, wegen verhinderten Erscheinens vor Gerichts, gegen den Mensor; gegen den Richter, qui litem suam facit. — Endlich d) aus dem Eigenthum, bei der alienatio judicii mutandi causa, gegen den Erben dessen, qui dolo desiit possidere, und in Fällen, wo die Klage auf Herausgabe des Besitzes (vindicatio) wegen mangelnder facultas restiduendi ausgeschlossen ist, d. h. bei Specification, Verbindung u. s. f. (unten § 14).

über grundlos — besser: es muß ein Recht auf Herausgabe derselben in der Person des Klägers begründet sein[29]). Er muß also z. B. sein Eigenthum nicht selbst aufgegeben haben. — Ist ihm aber Besitz und Genuß seines Vermögens wider Willen entzogen, so erscheint auch hier die Bereicherungsklage entbehrlich zu sein, da der Rechtsschutz des Eigenthums der Willkür dritter Personen gegenüber schon ohnehin weiter geht. — Die Herausgabe der Bereicherung läßt dem bisher Bereicherten so viel, als er ohnedies gehabt hätte; sie ist ihm unschädlich. — Bekanntlich kann aber in der Regel Jeder sein Recht, soweit es reicht, auch dann ausüben und verfolgen, wenn seine Verfolgung dem Gegner Schaden bringt [30]). Die Beschränkung

29) Sonst hilft die Grundlosigkeit dem Kläger nichts. Auch kann schon deshalb das grundlose Haben nicht nach subjectiver Billigkeit (s. Anm. 18) oder gar nach bloßen Moralprincipien oder nach communistischen Grundsätzen beseitigt werden, weil hierbei jeder Maßstab fehlen würde. Mithin ist jedes Haben berechtigt, insoweit es nicht bestimmte Rechte Anderer verletzt; und dies vorausgesetzt, ist dann das Haben, wie der Besitz (s. oben Anm. 10) nur die Veranlassung zur Geltendmachung jener Rechte.

30) „Qui jure suo utitur, neminem laedit." S. auch l. 55, l. 151 D. de R. J. 50; 17 § 94 Einl. § 36 T. 6 §§ 26 bis 28 T. 8 Th. I des Preuß. LR.s. Dazu Bornemann, Systematische Darstellung I S. 120 und das Römische Recht betreffend: v. Vangerow, Leitfaden Bd. I S. 624 § 297 Anm. und die dort citirten Stellen und Schriftsteller. — Strenge Consequenz der Anerkennung der erworbenen Rechte als solcher ist deren Unverletzlichkeit, d. h. vollständige Schadloshaltung des Berechtigten, — welche sich freilich in ihrer practischen Verwirklichung nur annähernd (bald etwas zu viel, bald etwas zu wenig) erreichen läßt. Diese Tendenz der Unschädlichkeit zu Gunsten des Berechtigten (vergl. folg. Anm.) herrscht z. B. vor bei der Verfolgung des Eigenthums gegen den Dieb und unredlichen Besitzer (§ 12), bei den einseitigen Strafklagen (v. Savigny, Obl.-Recht Bd. II S. 296. System

der Rechtsverfolgung nach Maßgabe der Bereicherung (d. i. Unschädlichkeit) wäre also eine Ausnahme von der Regel, welche in jedem Falle einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

Diese Rechtfertigung kann liegen:

1) in der Natur und Eigenthümlichkeit eines besonderen Rechtsverhältnisses, insofern sich ein Interessent bei Eingehung desselben nur nach Maßgabe der Unschädlichkeit verpflichtet hat (z. B. ein Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn, ein Beneficialerbe gegenüber den Erbschaftsgläubigern u. s. w.).

Hier ist die Anlegung des Unschädlichkeitsmaßstabes keine besondere Beschränkung, sondern ein naturale negotii, zu dessen Geltendmachung die Klagen aus dem Rechtsverhältnisse genügen.

2) in äußeren Umständen und Rücksichten, welche zwar keine gänzliche Versagung der Rechtsverfolgung, wohl aber eine Beschränkung derselben als gerecht erscheinen lassen. Dergleichen Rücksichten auf Seiten des Verpflichteten wären z. B. Unfähigkeit, bona fides, überhaupt unverschuldete Collision mit dem Rechte des Andern [31]); ferner Rücksichten der allgemeinen Rechtssicherheit, z. B. Tod

---

Bd. III § 108), bei den Grundsätzen über Erfüllung der Verträge im Allgemeinen (§ 15 ff.) u. s. f.

31) Es ist ein naheliegender Gedanke, daß demjenigen, welcher ohne sein Verschulden mit fremden Rechten in Collision gekommen, die Verfolgung derselben möglichst wenig schädlich sein dürfe. Die ars boni et aequi soll hier den Knoten entwirren, nicht ihn zerhauend Wunden schlagen (Unschädlichkeitsmaßstab zu Gunsten des Verpflichteten). — Dagegen mag für denjenigen, welcher sich selbst mit fremden Rechten muthwillig in Collision gebracht hat, die Rechtsverfolgung immerhin eine Strafe werden.

des ursprünglich Verpflichteten, Verjährung, Präclusion u. s. w.

Das Maaß der Einschränkung kann hier verschieden sein, je nach ihrer besonderen Veranlassung. — Natürlich setzt aber selbst die beschränkteste Rechtsverfolgung die vollkommene Anerkennung des erfolgten Rechts in der Person des Klägers voraus, da die Einschränkung nicht eine Aufhebung des Rechtsgrundes, sondern nur eine Modification der aus dem Rechtsgrunde in der Ausübung herzuleitenden practischen Consequenzen ist, welche auf einer dem Rechte selbst fremden äußeren Veranlassung beruht und eben nur dadurch nothwendig wird, daß die Rechtsverfolgung an sich unbeschränkt sein und über den Unschädlichkeitsmaßstab hinausgehen würde.

Dies stellt sich im römischen Prozeß in handgreiflicher Weise in der Klageformel dar, welche in solchen Fällen, bei unverändert bleibender intentio, nur in der condemnatio eine Taxe (duntaxat — quatenus — de eo quod etc.) erhält (z. B. quatenus locupletior factus est, quatenus in rem versum, quatenus in peculio est, quatenus ad eum pervenit, quatenus facere potest).

So wenig es nun einer besonderen Klage für die Fälle bedarf, in denen die Rechtsverfolgung nicht den Lebensunterhalt gefährden soll (beneficium competentiae), eben so wenig bedarf es einer solchen da, wo die Rechtsverfolgung überhaupt unschädlich sein, d. h. auf das quatenus locupletior factus est beschränkt sein soll.

Wollte man nichtsdestoweniger in einem der Fälle zu 1 oder 2 von einer „Bereicherungsklage“ sprechen, so würde dies eine ganz falsche Vorstellung erregen. Denn, wie bereits angedeutet, bezeichnet Bereicherung in beiden Fällen keinen Klagegrund, sondern den herauszugebenden Gegenstand; — genauer eine derartige Beschränkung desselben, daß die

Herausgabe nur eine Zurückführung des Vermögens des Bereicherten auf seinen früheren Bestand, aber keine weitere Verminderung desselben zur Folge hat. — Es verhält sich also mit der „Bereicherung" ganz wie mit einigen andern Rechtsbegriffen, welche in der That Negationen in positivem Gewande sind: wie der error nur als Unkenntniß, der casus nur als Schuldlosigkeit, so kommt die Bereicherung nur als Unschädlichkeit in Betracht.

Dies ist keineswegs neu erfunden, vielmehr den römischen Juristen vollkommen geläufig gewesen. Es genüge, hier drei Stellen von Ulpian anzuführen. In seinem Commentar zum Sct. Juventianum (l. 25 § 11 de H. P. (5. 3)) sagt er: „Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt"; — in l. 3 § 1 D. de tribut. act. (14. 4): „Dolum tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucrosum esse debere, et ideo hactenus ex dolo tutoris tributoria tenere, si quid ad eum pervenerit"; und in Bezug auf die Delictklage gegen den Erben in l. 3 pr. D. de vi (43. 16): „Ex facinoribus defunctorum de eo, quod ad heredem pervenit actio datur; sufficit enim non in lucro servari eum (i. e. heredem), non etiam damnum sentire". — So löst sich denn das „Bereicherungsfundament" einfach in eine „Unschädlichkeitstaxe" auf, wobei der Begriff der Unschädlichkeit ein complicirter (Abstraction von der Thatsache der Bereicherung) und deshalb technischer ist, während für die gewöhnliche Anschauung auch die Herausgabe eines Gewinnes ein Schade ist, wie Papinian folgendermaßen auseinandersetzt: „Dolus tutoris pupillo neque nocere neque prodesse debet. Quod autem vulgo dicitur: „tu-

toris dolum pupillo non nocere", tunc verum est, quum ex illius fraude locupletior pupillus factus non est". (L. 3 D. quando ex facto tutoris etc. 269.)

§ 6.

Hat uns nun die bisherige Untersuchung darauf geführt, daß der in den Quellen öfter hervorgehobene Gesichtspunkt: „quod nemo locupletior fieri debeat cum damno alterius[32]) sich nur beziehen kann auf die Anwendung eines Unschädlichkeitsmaßstabes bald im Sinne eines naturale negotii, bald im Sinne einer taxatio condemnationis, — so haben wir mit diesem Resultate zugleich den einzigen noch übrig gebliebenen Satz (1) unserer Difinition,

daß im römischen Rechte die Bereicherungsklagen als besonderes Institut vorkommen (mit a. W., daß es im römischen Rechte solche Klagen giebt),

beseitigt.

Vor dem Beweise der Wahrheit freilich würde unser ganzes bisheriges Raisonnement in Nichts zerfallen. Dieser ist aber seit dem gänzlich mißlungenen Versuche von Sell (Vers. im Gebiete des Civilrechts Th. I 1833) kaum ernstlich unternommen worden. Koch selbst weiß (im Preußischen Privatrechte § 642 Anm. 1) nur zwei verstreute Stellen als

32) L. 14 D. de cond. ind. (12. 6). L. 17 D. de inst. act. (14. 3). L. 6 § 2 D. de J. D. (23. 3). L. 206. D. de R. J. (50. 17) c. 48 in VI de R. J. (5. 13). Dazu Sell a. a. O. S. 31 Anm. 2 und 3. — Auffassung 1) als „Correspondenz der Rechte und Pflichten" bei Harrter a. a. O. § 8. — 2) als „Zutheilung von Gewinn und Verlust, nach dem durch die concreten Verhältnisse gegebenen Maßstabe der Angemessenheit" bei Voigt a. a. O. (s. oben Anm. 23).

Fälle der Bereicherungsklage aufzuführen, in welchen der Ausdruck actio in factum nicht einmal vorkommt. Beide enthalten eine Anwendung des Sctum. Juventianum, die erste eine directe, die zweite eine analoge auf die Verfolgung des Eigenthumsrechts.

Im ersten Falle (L. 3 D. de cond. ind. (12. 6: Papinianus) [33]) verfolgt der Intestaterbe sein Erbrecht wegen Ruption des Testaments. Der Testamentserbe war den Umständen nach bei Auszahlung der Legate offenbar in gutem Glauben gewesen; daher soll ihn das periculum dieser nomina nicht treffen. Der Intestaterbe erlangt also mit der hereditatis petitio von ihm nur das von der Erbschaft noch Vorhandene einschließlich der gegen die Legatare erworbenen condictio indebiti. Also ist Kläger bei Ausklagung der Legatare allein interessirt und soll deshalb befugt sein, die condictio gegen dieselben — als

33) „Idem est, et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit, veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat, vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obiisse falso praesumserat; nam utiles actiones postumo vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator Titus Antoninus rescripsit; scilicet quod bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est, teneatur; nec periculum hujusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit." — In der vorhergehenden Stelle (l. 2) ist gesagt, die condictio indebiti der irrthümlich oder zu viel gezahlten Legate stehe nicht dem Zahler (Erbschaftsbesitzer), sondern dem wahren Erben zu. — Unsere Stelle ist schon von Cujacius (Quaest. Papin. lib. XXVIII) vollkommen richtig interpretirt; derselbe bemerkt, der heres scriptus werde befreit „cedendo condictionem indebiti sive ea sit inanis sive efficax"; dagegen „si solverit mala fide sciens vitium testamenti, non liberatur cedendo condictionem, quia dolo desiit possidere". — S. jetzt auch (mit dem Text übereinstimmend) Witte, Bereicherungsklagen S. 26, 149, 274.

utilis auf Grund einer sogenannten fingirten Cession — ohne Weiteres anzustellen. (Vergl. zur Erläuterung l. 17 D. de H. P. (5. 3). — Im zweiten Falle (L. 23 D. de R. C. (12. 1) Africanus) [34]) verfolgt der Eigenthümer sein Ei-

34) „Si eum servum, qui tibi legatus est, quasi mihi legatum possiderim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Julianus ait, quasi *ex re tua* locupletior factus sim." — „Quasi" steht hier einfach für „quia", ganz wie in der als Parallelstelle zu erwähnenden L. 30 pr. D. de a E. V. (19. 1) „quasi res mea ad te sine causa pervenerit" (vergl. unten § 13). Der Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe der aus seiner Sache von Andern gezogenen Vortheile (Früchte, Kaufpreis u. s. w.) folgt aus der Anerkennung des Eigenthumsrechts, des dominii, auch wenn der Hauptgegenstand desselben (das corpus) nicht mehr vorhanden ist oder sonst, z. B. durch Usucapion, verloren gegangen. S. c. 1 C. de rebus alienis non alien. (4. 51) c. 1 C. de commun. rer. alien. (4. 52) L. 12 § 1 D. de distr. pign. (20. 5). Auch wäre es sehr sonderbar, wenn derjenige, welcher sein Eigenthumsrecht niemals aufgegeben hat, schlechter stehen sollte als der, welcher es freiwillig, nur unter einer Resolutivbedingung überträgt. S. L 37 § 1 D. de mortis donat. (39. 6): „Si quis servum mortis causa donatum vendiderit, pretii condictionem donator habebit, si convaluisset et hoc donator elegerit, alioquin et ipsum servum restituere compellitur". (Daß es sich in diesem ganz analogen Falle um einen Eigenthumsanspruch handelt, wird noch anschaulicher durch die elective Concurrenz der rei vindicatio.) — Die Interpretation freilich hat es von jeher lediglich mit dem Namen „condictio" zu thun gehabt. Nach der Glosse ist dieselbe die condictio generalis. Erbaulich ist die Erklärung von Cujacius (Tractat. ad African. lib. II): soviel bekannt, habe die römische Jurisprudenz vier Condictionen aequitatis naturalis causa eingeführt; drei von diesem, die c. indebiti, die c. ob causam datorum und die c. de bene impensis paßten hier nicht; also bleibe eben nur die vierte, die condictio sine causa übrig. (Richtig ist dagegen seine Bemerkung, daß die cond. auch stattfinde: si pluris vendiderim, quam emerim.) — Kurz: bis Glück (Commentar Bd. XIII § 836) war man allerseits einverstanden, daß die fragliche Klage eine condictio sine causa sei, nur Faber nahm — eine condictio ex lege an! — Daß auch die spätern Schriftsteller sich noch mehr

thumsrecht gegen den Verkäufer seiner Sache, von welcher nichts mehr als der dafür von diesem als bonae fidei possessor erlangte Kaufpreis vorhanden ist. Den Anspruch auf Herausgabe des letztern erkannte Julian als begründet an, nicht weil die Bereicherung des Beklagten grundlos war, sondern weil das Eigenthumsrecht bei der Frage, ob Beklagter das commodum ex re aliena behalten solle, für den Kläger sprach. Vor dem juramentum in litem (rei vindicatio) schützt den Beklagten seine bona fides; der Kläger erhält nur eine condictio, damit dem Beklagten die unverschuldete Collision mit dem fremden Eigenthumsrechte nicht schädlich sei.

Nicht besser steht es mit den Beweisen von v. Holzschuher. Zum Nachweise, daß es „eine auf dem Boden der

---

mit dem Namen als mit der Natur des Anspruchs beschäftigt haben, wird sich unten (§ 13) ergeben. Nur was den neuesten Interpreten, Witte, betrifft, ist schon hier zu erwähnen, daß derselbe gerade bei dieser kritischen Stelle in den schon oben (§ 1) gerügten Fehler verfallen ist. Er meint nämlich (Bereicherungsklagen S. 327 ff.): nach strengem Rechte habe ein Grund für eine Klage des Eigenthümers nicht vorgelegen, nur eine dringende Forderung der Billigkeit habe die römischen Juristen veranlaßt, den Boden des strengen Rechts verlassend nach eigenem Gutdünken vorzugehen u. s. f. Sein Recensent (s. oben Anm. 3) fragt mit Recht, warum sich gerade hier Billigkeitsrücksichten geltend gemacht hätten? — Setzen wir aber nur statt „Forderung der Billigkeit“: Bedürfniß des Eigenthumsschutzes, so hat die Sache ihre Richtigkeit. Ueber dieses Bedürfniß waren die römischen Juristen wohl einig, aber es gab keine passende Formel und es war ein bloßer Nothbehelf, wenn hier von Julian und African die allgemeine Condictionsformel angewendet wurde (L. 23 und l. 30 citt.), während Letzterer gelegentlich, um dem arbitrium Spielraum zu gewähren, eine a. negot. gestorum vorzieht (l. 49 D. 3. 5). In den angeführten Coderstellen ist gar kein Name angeführt, weil es dessen nicht mehr bedürfte.

aequitas sich an die Condictionen anschließende sogen. actio in factum wegen Bereicherung" gebe, führt derselbe (Theorie und Casuistik (II. Ausg. 1858) Bd. III S. 512 Note *) außer der bereits besprochenen l. 23 D. 12. 1 noch L. 3 § 4 D. de N. G. (3. 5) und L. 34 D. de minorib. (4. 4) an, von welchen Stellen die erstere die actio negotiorum gestorum directa gegen einen Pupillen, die zweite die in integrum restitutio eines Minderjährigen gegen ein Darlehnsgeschäft mit einem filius familias minor statuirt: in beiden Fällen mit Anwendung der Unschädlichkeitstaxe aus Rücksicht auf die persönliche Unfähigkeit des Verpflichteten.

Es mangelt aber nicht allein an Beweisen für die Existenz von Bereicherungsklagen, sondern es läßt sich ihre Nichtexistenz evident nachweisen. — Ueberall, wo man eine Einwirkung jenes problematischen Instituts erwarten sollte, sucht man es vergebens.

Zunächst wird ausdrücklich ausgesprochen, daß es erlaubt sei, sich im Handel und Wandel gegenseitig (ohne Betrug) zu bevortheilen[35]). Auch wäre es, wenn die bloße Bereicherung einen Ausgleichungsanspruch geben sollte, in der That „um die Sicherheit eines lebendigen Verkehrs, die auf der Möglichkeit des Gewinnes und Verlustes beruht, geschehen" (v. Savigny, System Bd. III S. 452). Eben hierdurch ist es erst nöthig geworden, zur Vermeidung übermäßiger Bevortheilung besonders motivirte Verbotgesetze (gegen die laesio enormis, lex commissoria, gegen Spiele aus Gewinnsucht u. s. f.) aufzustellen. Diese Verbotgesetze sind eben weder Anwendungen noch auch nur Analogieen eines allgemeinen Princips; sie stehen vielmehr ganz auf gleicher Stufe

35) L. 16 § 4 D. de minorib. (4. 4). L. 22 § 3 D. locati (19, 2). v. Savigny a. a. O. Bd. VII S. 121 Anm. c.

thumsrecht gegen den Verkäufer seiner Sache, von welcher nichts mehr als der dafür von diesem als bonae fidei possessor erlangte Kaufpreis vorhanden ist. Den Anspruch auf Herausgabe des letztern erkannte Julian als begründet an, nicht weil die Bereicherung des Beklagten grundlos war, sondern weil das Eigenthumsrecht bei der Frage, ob Beklagter das commodum ex re aliena behalten solle, für den Kläger sprach. Vor dem juramentum in litem (rei vindicatio) schützt den Beklagten seine bona fides; der Kläger erhält nur eine condictio, damit dem Beklagten die unverschuldete Collision mit dem fremden Eigenthumsrechte nicht schädlich sei.

Nicht besser steht es mit den Beweisen von v. Holzschuher. Zum Nachweise, daß es „eine auf dem Boden der

---

mit dem Namen als mit der Natur des Anspruchs beschäftigt haben, wird sich unten (§ 13) ergeben. Nur was den neuesten Interpreten, Witte, betrifft, ist schon hier zu erwähnen, daß derselbe gerade bei dieser kritischen Stelle in den schon oben (§ 1) gerügten Fehler verfallen ist. Er meint nämlich (Bereicherungsklagen S. 327 ff.): nach strengem Rechte habe ein Grund für eine Klage des Eigenthümers nicht vorgelegen, nur eine dringende Forderung der Billigkeit habe die römischen Juristen veranlaßt, den Boden des strengen Rechts verlassend nach eigenem Gutdünken vorzugehen u. s. f. Sein Recensent (s. oben Anm. 3) fragt mit Recht, warum sich gerade hier Billigkeitsrücksichten geltend gemacht hätten? — Setzen wir aber nur statt „Forderung der Billigkeit“: Bedürfniß des Eigenthumsschutzes, so hat die Sache ihre Richtigkeit. Ueber dieses Bedürfniß waren die römischen Juristen wohl einig, aber es gab keine passende Formel und es war ein bloßer Nothbehelf, wenn hier von Julian und African die allgemeine Condictionsformel angewendet wurde (L. 23 und l. 30 citt.), während Letzterer gelegentlich, um dem arbitrium Spielraum zu gewähren, eine a. negot. gestorum vorzieht (l. 49 D. 3. 5). In den angeführten Coderstellen ist gar kein Name angeführt, weil es dessen nicht mehr bedürfte.

aequitas sich an die Condictionen anschließende sogen. actio in factum wegen Bereicherung“ gebe, führt derselbe (Theorie und Casuistik (II. Ausg. 1858) Bd. III S. 512 Note *) außer der bereits besprochenen l. 23 D. 12. 1 noch L. 3 § 4 D. de N. G. (3. 5) und L. 34 D. de minorib. (4. 4) an, von welchen Stellen die erstere die actio negotiorum gestorum directa gegen einen Pupillen, die zweite die in integrum restitutio eines Minderjährigen gegen ein Darlehnsgeschäft mit einem filius familias minor statuirt: in beiden Fällen mit Anwendung der Unschädlichkeitstaxe aus Rücksicht auf die persönliche Unfähigkeit des Verpflichteten.

Es mangelt aber nicht allein an Beweisen für die Existenz von Bereicherungsklagen, sondern es läßt sich ihre Nichtexistenz evident nachweisen. — Ueberall, wo man eine Einwirkung jenes problematischen Instituts erwarten sollte, sucht man es vergebens.

Zunächst wird ausdrücklich ausgesprochen, daß es erlaubt sei, sich im Handel und Wandel gegenseitig (ohne Betrug) zu bevortheilen[35]). Auch wäre es, wenn die bloße Bereicherung einen Ausgleichungsanspruch geben sollte, in der That „um die Sicherheit eines lebendigen Verkehrs, die auf der Möglichkeit des Gewinnes und Verlustes beruht, geschehen“ (v. Savigny, System Bd. III S. 452). Eben hierdurch ist es erst nöthig geworden, zur Vermeidung übermäßiger Bevortheilung besonders motivirte Verbotgesetze (gegen die laesio enormis, lex commissoria, gegen Spiele aus Gewinnsucht u. s. f.) aufzustellen. Diese Verbotgesetze sind eben weder Anwendungen noch auch nur Analogieen eines allgemeinen Princips; sie stehen vielmehr ganz auf gleicher Stufe

35) L. 16 § 4 D. de minorib. (4. 4). L. 22 § 3 D. locati (19, 2). v. Savigny a. a. O. Bd. VII S. 121 Anm. c.

mit andern singulären Verkehrsbeschränkungen: mit der lex Anastasiana, den Wuchergesetzen, den Schenkungs- und Veräußerungsverboten u. s. f., als Ausnahmen von der allgemeinen Regel, daß die Bereicherung nicht an sich, sondern nur insofern sie durch Delict, Anmaßung fremden Eigenthums oder Vertragsverletzung herbeigeführt ist, einen Anspruch begründet. — Es pflegen hier auch Usucapion[36]) und Klageverjährung[37]) aufgeführt zu werden als Fälle, in welchen eine grundlose Bereicherung gestattet ist und es auch — abgesehen von der später noch zu erwähnenden in integrum restitutio — kein subsidiäres Rechtsmittel giebt, um sie wieder aufzuheben. Hier handelt es sich zunächst zwar um den Verlust eines bestimmten Rechtes, allein das Beispiel paßt allerdings insofern, als nicht für nöthig befunden worden ist, das subsidiäre Klagefundament der Bereicherung noch besonders auszuschließen. — Insofern dürfte hier auch der Straf- und Popularklagen zu gedenken sein.

Ein noch weit passenderes Beispiel liefert aber die Lehre vom Regreß unter Correal-Schuldnern, insofern derselbe niemals stattfindet auf Grund der naturalis aequitas (als Bereicherungsklage), sondern immer nur auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses als actio pro socio oder mandati[38]).

---

36) Diese wird z. B. in L. 3 § 1 D. 2. 10; L. 30 § 1 D. 4. 6 als ein „lucrum" bezeichnet, welches erst im Wege der restitutio in integrum ausnahmsweise ex juxta causa wieder ausgeglichen wird. Vergl. Witte a. a. O. S. 286.

37) Letztere, insofern dadurch der Anspruch ganz erlischt. Ausnahmen s. in § 8. Vergl. auch Art. 83 der Allg. D. Wechselordn. und meine Abh. im Archiv für d. Wechselrecht Bd. IX (1860) S. 26 ff.

38) S. Savigny, Oblig.-R. Thl. I S. 229 ff. — Die in dieser Lehre besonders oft besprochene c. 2 C. de duob. reis. (8. 40): „Rector provinciae juvare te adversus eum cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti non cunctabitur" wird von Habicht

Ferner ist, wie auch Witte (a. a. O. S. 3 f.) hervorhebt, entscheidend gegen die Annahme einer allgemeinen Bereicherungsklage der Umstand, daß es durchaus kein Rechtsmittel giebt, um den Ersatz nützlicher Verwendungen (Impensen) zu erlangen[39], mithin der Besitzer einen Anspruch

(Rechtl. Erörterungen. Zerbst 1843. S. 40—65) und Savigny, Obligat.-R. Thl. I S. 261 ff. mit Recht auf den Fall der Societät bezogen. — Schröter in v. Linde's Zeitschr. Bd. VI S. 427 und v. Vangerow, Leitfaden III S. 78 ff. führen sie auf die Regel, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern dürfe, zurück. Die Klage ist nach Vangerow eine actio in factum wegen Bereicherung; nach Savigny a. a. O. S. 263 not. o die actio utilis (auf Grund der fingirten Cession). — Auch mehrere Bürgen für dieselbe Schuld haben nach röm. R. bekanntlich keinen Ausgleichungsregreß. — Im Preuß. R. erwirbt zwar der das Ganze zahlende Correalschuldner in der Regel einen Regreß gegen seinen Mitschuldner (§ 443—45. Thl. I. Tit. 5. A. L.-R. cf. das. § 447; §§ 33—35 Tit. 6 §§ 492—94 Tit. 16. Koch, Recht der Ford. Thl. II S. 33 und Savigny, Obl.-R. Thl. I S. 291 ff.). Dies beruht indessen auf der Entstehung eines besonderen Rechtsverhältnisses unter den Correalschuldnern (einer communio), ist also auch keine Bereicherungsklage.

39) Die Impensen sind eine Last, welche auf demjenigen Rechte ruht, dessen Ausübung und Genuß dadurch bedingt ist. Es giebt Verwendungen, welche den mehr oder weniger beschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechten, andere, welche dem Rechte an der Substanz correspondiren. S. Leist, Civilist. Stud. Heft 2 S. 14 ff. und aus dem Preuß. Recht beispielsweise § 11. § 47 ff. § 87 ff. § 157. Thl. I Tit. 21 § 32 ff. Tit. 22 § 9. 10. § 53, 79, 66, 138. Thl. II Tit. 15 § 99, 101, 384, 390, 407, 416. Thl. II Tit. 16 d. allg. Preuß. LR.s; § 16 des Ges. über das Deichwesen vom 28. Januar 1848). — Derjenige, für den ein Anderer die dem Rechte des Erstern correspondirenden Verwendungen macht, ist bereichert; dieser Umstand begründet aber an sich kein Klagerecht, z. B. wenn der Verwendende sich selbst im Besitz des Rechts befindet. S. l. 36 §. 5. l. 38 D. de H. P. (5, 3). Ein solches entsteht vielmehr nur, wenn die Verwendungen von Anfang an gemacht worden sind entweder a) im Interesse des Andern und animo obligandi (Geschäftsführung) (s. z. B. c. 1 § 4 C. 5,

auf Ersatz der Impensen, auch wenn der Eigenthümer dieselben ebenfalls hätte machen müssen, nicht mehr geltend machen kann, wenn er sich zu diesem Zweck des Retentionsrechts nicht bedient hat. An der Bereicherung des Eigenthümers fehlt es hier ebenfalls nicht, wohl aber an einem speciellen Rechtsverhältnisse (negotium), da der Besitzer im eigenen Interesse gehandelt und nicht von vornherein beabsichtigt hat, einen Anderen (den Eigenthümer) als Geschäftsherrn zum Ersatze zu verpflichten. L. 33 D. 12. 6. L. 14 § 1 D. 10. 3. L. 14 D. 44. 4 [40]). — Augenscheinlich dachte man

---

13 und vergl. l. 33 D. 12, 6; l. 14 § 1 D. 10, 3) oder b) in der Meinung, dazu verpflichtet zu sein (condictio indebiti: z. B. l. 40 § 1 D. 12, 6. l. 58—61 D. de legat. I (30). l. 5 § 2 D. 25, 1) oder c) wenn die Befugniß und Verpflichtung zu den Verwendungen einen selbstverständlichen Bestandtheil (naturale) eines bestimmten Rechtsverhältnisses bildet, was hinsichtlich der impensae necessariae bei jedem Rechtsverhältnisse der Fall, welches Veranlassung zu denselben giebt (s. Leist a. a. O. S. 188 ff.). Hier ist durch das besondere Rechtsverhältniß auch der animus obligandi von selbst gegeben. — Die soeben (a bis c) angeführten Fälle eines Klagerechts wegen Verwendungen gehören sämmtlich nicht in die eigentliche Impensenlehre. Leist a. a. O. S. 187.

40) Eine Klage wird begründet durch das auf dem animus obligandi beruhende negotium, das Retentionsrecht (welches Witte a. a. O. S. 2 f. als Selbsthülfe auffaßt) durch den Besitz, keins von beiden durch die bloße Bereicherung, welche auch hier nur Maßstab des Objects ist. S. Seuffert, Pand.-Recht II S. 234. v. Vangerow, Leitfaden III S. 482 (§ 664 Anm. Nr. 2). Puchta, Vorlesungen § 327. — Damit verträgt sich sehr wohl, daß die römischen Juristen [zum Theil übrigens aus ganz äußeren Gründen, vergl. Anm. 34 a. E.] die Frage, ob ein (eventueller) animus obligandi anzunehmen? im Einzelnen mit einer „gewissen Biegsamkeit" behandelt haben, wie in L. 49 D. 3. 5; L. 50 § 1 D. 5. 3. L. 14 § 11 L. 32 D. de relig. (11. 7). S. v. Savigny, Obl.-R. Bd. I S. 239. — Noch mehr neigte zur Einräumung eines Klagerechts die gemeinrechtliche Praxis: Lauterbach, Coll. theor. pract. III Lib. V § 9. Struben, Rechtl. Bed. III S. 76. Glück, Comm. Bd. V S. 347.

sich die Impensen als Lasten, welche auf einer bestimmten vom Verwendenden innegehabten Sache haften; alsdann ergab sich aus ihrem Begriffe naturgemäß, daß der Verwendende so lange an die Sache sich hält, bis seine Ansprüche wegen des Ersatzes oder des tollere befriedigt werden (Leist, Civilistische Studien Heft II S. 42, 63, 78). Hat er aber die Sache einmal aus der Hand gelassen, so daß es auf die Begründung einer Klage ankommt, so fehlt es an einem Rechtsgrunde dazu, wenn die Impensen nicht in Folge eines bestimmten Rechtsverhältnisses und contemplatione einer bestimmten Person gemacht worden sind.

Es wird ferner in den Quellen anerkannt, daß aus der bloßen Hingabe einer Sache durchaus kein Anspruch auf Vergütung oder Rückgabe folgt [41]). Dieser muß vielmehr vom Kläger aus einem besonderen Rechtsverhältnisse (Vertrag oder übernommene Verpflichtung, vergl. unten §§ 19. 20) begründet werden und es braucht nicht etwa der Beklagte nachzuweisen, daß nach den Umständen für ihn die Vermuthung einer Schenkung begründet sei [42]).

Es giebt endlich wohl kein schlagenderes Argument für die Nichtexistenz besonderer Bereicherungsklagen, als das Institut der in integrum restitutio. Hier findet nach dem Grundsatze: „Qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet ita nec in lucro“ c. 1 pr. C. de reputationibus, quae fiunt (2. 48) [43]) der

41) L. 9 pr. C. de cond. ind. (4, 5). L. 53 D. de R. J. (50. 17). L. 29 pr. D. 39. 6 und Reinhardt im Archiv für civil. Praxis Bd. 29 S. 238 f.

42) Kori, Erörterungen pract. Rechtsfragen Bd. I S. 6 ff. 10 ff.

43) Daher müssen zweiseitige Verträge entweder beiderseits erfüllt oder ganz aufgehoben werden, l. 13 §§ 27, 28 D. de A. E.

Unschädlichkeitsmaßstab nach beiden Seiten volle Anwendung. Gleichwohl wird nicht etwa die laesio (Bereicherung eines Andern auf Kosten des Imploranten) als causa angesehen, sondern vielmehr die Abwesenheit, die Minderjährigkeit, der Irrthum, m. a. W. diejenigen „abnormen Zustände", in Berücksichtigung deren die Wirksamkeit eines bestimmten Rechts über sein gewöhnliches Gebiet hinaus (gewissermaßen „adjecta causa") anerkannt werden (z. B. das Eigenthum nach vollendeter Usucapion, ein Forderungsrecht nach ertheilter Acceptilation oder nach Zahlung u. s. w.), resp. ein bestehender Rechtszustand aufgehoben werden soll (v. Savigny, System Bd. VII S. 248 ff. S. 270 ff.).

Also selbst dieses Institut, in welchem der Einfluß des

V. (19. 1) und gehört zur Herstellung des früheren Zustandes auch der vollständige Ersatz aller vom Verpflichteten gemachten Auslagen, welche der Berechtigte sonst gemacht haben würde l. 39 § 1 D. de min. 4. 4. Da die Restitution nur dazu dienen soll: „ut unusquisque integrum jus suum recipiat" (l. 24 § 4 D. eod.), nicht dazu, den Imploranten zu bereichern (l. 29 D. ex quib. caus. 4. 6), so muß z. B. der gegen den Antritt einer hereditas minus lucrosa Restituirte herausgeben: „si quid ex hereditate in rem ejus pervenit, nec periit per aetatis imbecillitatem" (l. 7 § 5 D. 4. 4). Wird ein minor gegen ein Kaufgeschäft restituirt und er hat 1) zu theuer gekauft, so muß der Verkäufer mit dem Kaufpreise auch die Zinsen, die er hätte ziehen können, herauszahlen und erhält dagegen nur die fructus, „quibus locupletior factus est juvenis". 2) Hat er zu billig verkauft, so hat der Käufer die Sache mit den Früchten zu restituiren, „juvenis autem eatenus ex pretio restituet, quatenus ex ea pecunia locupletior est" l. 27 § 1 D. eod. [Vgl. l. 24 § 4 eod. „non omnimodo emtor damno afficiendus est".] Dazu v. Savigny a. a. O. S. 126 N. i und S. 265 N. a. — Aus dem angegebenen Grundsatze folgt auch die Versagung der Restitution gegen die Versäumung zweiseitiger Strafklagen L. 18 D. 4. 6. S. v. Savigny a. a. O. S. 122 N. h.

bonum et aequum so sehr auf die Spitze getrieben ist, daß der Richter gar nicht mehr eine eigentliche jurisdictio, sondern vielmehr eine Censur des Rechtes selbst ausübt, hat durchaus nicht den Charakter einer selbstständigen Bereicherungsklage, sondern schließt sich, um einer unbilligen Bereicherung vorzubeugen, genau an das bestehende Recht an [44]), so daß selbst hier für das Reicher- und Aermerwerden nur der Charakter einer äußeren Veranlassung der Restitution und die quantitative Bedeutung einer taxatio übrig bleibt.

Wir wollen hiermit den ersten Theil unserer Aufgabe: die Kritik des Begriffs der Bereicherungsklagen und den Nachweis ihrer Nichtexistenz als erledigt betrachten und wenden uns nunmehr dem eigentlichen Kerne unserer oben S. 162 ff. bezeichneten Aufgabe zu:

---

44) So geht in rem die Restitution gegen eine vollendete Usucapion l. 31 D. ex quib. caus. 4. 6. (vergl. Savigny a. a. O. S. 244); gegen eine Eigenthumsveräußerung l. 13 § 1 D. 4. 4: „Restitutio in rem datur minori vel cognitione praetoria, vel rescissa alienatione dato in rem judicio"; gegen Antritt oder Ausschlagung einer Erbschaft, l. 17 pr. D. ex quib. caus. (4. 6): „succurrendum esse militi adversus eos quoque, qui a possessore hereditatis emerunt". — In personam geht die Restitution natürlich, wenn der Implorant nur gegen einen Vertragsabschluß restituirt wird. — Unabhängig hiervon ist die lediglich nach dem äußeren Zweck der Restitution zu ermessende Frage, in welchem Umfange den Umständen nach die Restitution gewährt werden muß. Hier giebt der rein zufällige Umstand, daß der Mitcontrahent insolvent geworden ist, genügende Veranlassung zu einer Ausdehnung der Restitution, soweit nöthig. S. L. 13 § 1 D. 4. 4: Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum rel...." S. auch l. 3 § 1 D. de eo, per qm. fact. erit. (2. 10). l. 18 D. de interrog. (11. 1). v. Savigny a. a. O. S. 207.

II.

Umfang und Art der praktischen Anwendung des Bereicherungsmaßstabes.

§ 7.

Welche rechtliche Bedeutung dem Gesichtspunkte der Bereicherung in der That im römischen Rechte beigemessen worden ist, ergiebt sich in der Hauptsache aus der folgenden Uebersicht. — Wir beginnen mit den auch von Heimbach in Weiske's Rechtslexicon Bd. I S. 925 ff. (s. v. „Bereicherung") aufgeführten Fällen in der dort beobachteten Reihenfolge:

a) Ansprüche aus Rechtsgeschäften gegen willensunfähige Personen beschränken sich nach Maßgabe der Bereicherung (Unschädlichkeit) L. 4 § 4 D. de doli mal. (44. 4). — Vergl. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts Th. I S. 49 bis 51; s. auch unten § 8).

b) Manche Klagen werden beim Eintritte einer Bereicherung über den ihnen ursprünglich nach Civilrecht eingeräumten beschränkten Wirkungskreis ausgedehnt. So geht die condictio furtiva aus dem Diebstahl eines Haussohns oder Sklaven gegen den Vater resp. Herrn, soweit sie bereichert sind (L. 4 D. de c. furt. 13. 1) und zwar auch de peculio (L. 3 § 12 D. de pec. 15. 1: „quia iniquissimum est, ex furto servi dominum locupletari impune"), wiewohl in der Regel die a. de peculio nur aus Rechtsgeschäften stattfindet (L. 58 D. de R. J. (50. 17)) und l. 1 § 7 D. de his, qui effuderint (9. 3)). — Es sind dies Consequenzen des reipersecutorischen Charakters der cond. furtiva (vergl. L. 1, L. 7 D. de c. furt. (13. 1), l. 30 pr. D. de a. e. v. (19. 1): „quasi res mea ad te sine causa pervenerit" und unten § 12), wel-

chen dieselbe auch in der Form der actio rerum amotarum im Ganzen beibehält. L. 3 § 4 sq. L. 8 § 1, L. 21 § 5, L. 26 D. de a. r. amot. (25. 2). Dasselbe gilt vom interdictum unde vi. L. 16 D. 43. 16. — Diese Klagen nähern sich dadurch dem Principe der vollständigen Restitution: L. 14 § 3 D. q. met. cs. (4. 2): „sufficit hoc docere ..... ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse"; nur daß die Restitution hier, auf das Gebiet der nothwendigen Stellvertretung beschränkt, gewissermaßen im Gewande einer beschränkten Verantwortlichkeit für den Repräsentanten erscheint. (Vgl. Witte, Bereicherungsklagen S. 283.)

c. Dieser Gesichtspunkt waltet auch vor bei Personen, deren Vermögen von Bevollmächtigten, Vormündern oder Beamten verwaltet wird; sie können aus dem dolus ihrer Vertreter belangt werden, soweit sie durch denselben bereichert sind: „quatenus aliquid pervenit" (z. B. actio und exceptio doli: L. 15 pr. §§ 1, 2 D. de dl. ml. (4. 3) L. 4 § 23 D. de dl. ml. excp. (44. 4); — interdictum de vi: L. 4 D. de vi et vi (43. 16); — a. de peculio: L. 21 § 1 D. 15. 1; — a. tributoria: L. 3 § 1 D. 14. 4; — ebenfalls a. tribut. auch depositi und hereditatis petitio: l. 3. D. quando ex facto tut. (26. 9); — a. emti: l. 13 § 7 D. 19. 1 u. s. f. (vgl. auch Witte a. a. O. § 36).

d) Der gutgläubige Eigenthums- oder Erbschaftsbesitzer haftet dem Berechtigten, soweit er bereichert ist. — Dies beweisen für die hereditatis petitio l. 3 D. 12, 6; l. 20 § 6 D. 5, 3 und viele andere Stellen. Wegen der Eigenthumsklage siehe unten § 12 f. — Zum Theil ist hiervon schon oben in § 6 (S. 188 ff.) die Rede gewesen.

e) Der unredliche Besitzer kann (außer dem Falle des

Diebstahls L. 13 D. 13. 1) den Ersatz nützlicher und nothwendiger Auslagen nur insoweit verlangen, als der Eigenthümer durch ihre Verwendung bereichert ist, L. 38 D. de H. P. 5, 3 („non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere"); bei den nothwendigen Auslagen versteht sich die Bereicherung freilich von selbst c. 5 C. de rei vind. (3, 32; s. unten § 10).

f) Wer die Führung fremder Geschäfte wissentlich, aber nicht sowohl aus Gefälligkeit, als vielmehr suo lucro studens übernimmt, gilt dennoch als Geschäftsführer. Es wird für diesen Fall besonders hervorgehoben, daß er die actio contraria nicht haben soll „in id quod ei abest", sondern nur „in quantum dominus locupletior factus est" (l. 6 § 3 D. de N. G. (3, 5). — Dies ist indessen keine Abweichung von den Grundsätzen der negot. gestio. (S. unten § 10.)

g) Eine große Anzahl reipersecutorischer und prätorischer Delictsklagen beschränken sich in der Richtung gegen den Erben und nach Ablauf einer kurzen Verjährungsfrist nach Maßgabe der Unschädlichkeit (Bereicherung) [45]. In dieser Bezie-

45) Hierüber ausführlich Sell a. a. O. I §§ 30 bis 33. Daß der Grund der Forderung immer das Delict bleibe, erkennt jetzt auch Witte a. a. O. S. 319 an. Die Bezeichnung einiger dieser Klagen als a. in factum ist von antiquarischer Bedeutung und sagt nichts über die Natur des Klagerechts. So heißt es von einer a. in factum (s. g. a. Pauliana) in L. 10 § 24 D. 42. 8: „Haec actio post annum de eo quod ad eum pervenit adversus quem actio movetur competit; iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum qui lucrum sensit ex fraude"; ferner in L. 14 § 3 qd. met. ca. (4. 2): „Sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim et ex hac re eum qui convenitur — lucrum sensisse und in L. 16 § 2 ib.: „Licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quae situm est — ad compendium heredis non debet pertinere." — Also Klagegrund das

hung heißt es in l. 29 D. de dol. mal. (4. 3): „Sabinus putat, calculi ratione potius, quam maleficii heredem conveniri; denique famosum non fieri“ etc. — Diese Betrachtung des Sabinus: daß das Delict des Erblassers dem Erben nicht zugerechnet werden und ihn nicht infamiren könne, war in der That etwas trivial. Am allerwenigsten darf man in dieser Stelle die Behauptung finden wollen, der **Grund** der Delictsklage mit beschränkter Condemnation sei nicht das Delict des Erblassers. Der Jurist bemerkt nur: die Beschränkung des Anspruches führe dahin, daß nachgerechnet wird, wieviel die Erbschaft abgesehen von dem Erfolge des Delicts betragen würde. — Charakteristisch ist hierbei, daß der Anspruch gegen den Delinquenten selbst, also doch unzweifelhaft ex delicto, durch den Ablauf einer kurzen Verjährungsfrist genau dieselbe Beschränkung erleidet, wie der Anspruch gegen die Erben durch den Tod. — Wir kommen auf diesen Gegenstand im § 9 zurück.

b) Von der condictio indebiti sagt Papinian (l. 66 D. 12. 6), sie sei ex bono et aequo eingeführt und diene dazu, rechtsgrundlosen Vermögenswechsel („quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur“) rückgängig zu machen; und in l. 13 § 1, l. 14 ib. wird in Uebereinstimmung damit einem früheren Pupillen, der ein ohne Zuziehung des Tutors erhaltenes Darlehn „ohne Schaden zu erleiden“ pubes factus zurückgezahlt hatte, die condictio indebiti versagt, weil sie nicht dazu bestimmt ist, dem Kläger einen Gewinn zu verschaffen. Die auf dergleichen Stel-

---

Delict (auch gegen Andere als den Delinquenten selbst), Anspruch: auf Herausgabe der Bereicherung (unter Umständen auch gegen den Delinquenten selbst).

len gestützte, früher ganz allgemeine Ansicht, daß die Condictionen, wiewohl actiones stricti juris, überhaupt nur aus reiner Billigkeit eingeführt seien und auf dem Grundsatze, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern dürfe, beruhen[46]), kann heutzutage im Ganzen wohl als eine veraltete betrachtet werden. (S. besonders Erxleben, Die condictiones sine causa, I Abtheilung: Die condictiones indebiti (1850) § 2 S. 2 ff.; jetzt auch Witte, Bereicherungsklagen §§ 6 ff. § 20 ff., besonders S. 41 ff. S. 47, 63, 84, 91 f.) Es soll indessen unten (§§ 18 bis 20) hierauf noch näher eingegangen werden.

i) Wer fremde Capitalien nur als Verwalter und folglich ohne ein Recht auf ihre Benutzung in Händen hat, muß natürlich, „ne de alieno lucrum sentiat", auch die gezogenen Zinsen herausgeben; s. z. B. l. 10 § 3 D. mand. (17. 1). — Dies ist ein naturale des Rechtsverhältnisses zwischen dem Verwalter und seinem Machtgeber, aus welchem Ersterer keinen Anspruch auf einen Gewinn hat. Es ist deshalb auch gleichgültig, ob der Verwalter zur zinsbaren Anlegung beauftragt war oder nicht (l. 10 § 8 D. eod.) und die Behauptung Sell's (a. a. O. S. 87 f.), daß im letzteren Falle der Anspruch auf die Zinsen (actio mandati) vom Standpunkte des Contractverhältnisses eine Anomalie und die Verpflichtung allein auf die Bereicherung gegründet sei, ist durch das so eben Bemerkte widerlegt.

k) Wer in Folge einer Accession oder Specification in gutem Glauben fremdes Eigenthum erwirbt, muß den bisherigen Eigenthümer entschädigen, soweit er sich aus dessen Ei-

46) S. statt aller Andern Sell a. a. O. §§ 34. 35 und von den vorlandrechtlichen Schriftstellern Hellfeld, Jurispr. for. § 291. Struve, Syntagma exercit. 18 § 4 §§ 30, 33, 46. Ludovici Doctr. Pand. L. 12 t. 1 § 6.

genthum bereichert hat (actio in factum oder exceptio doli — (l. 23 §§ 4, 5 D. de R. V. 6. 1). — Da das Eigenthumsrecht rechtlichen Schutz genießt, so muß es in solchen Fällen einen Entschädigungsanspruch begründen. Nur kann der Beklagte nicht der rei vindicatio (litis aestimatio mit juramentum in litem) unterworfen werden, weil ihm seiner bona fides und des physischen Hindernisses wegen die Unmöglichkeit der Restitution nicht zugerechnet werden kann. — Das Nähere über diesen und andere persönliche Eigenthumsansprüche wird unten §§ 13. 14 vorkommen. —

l) Zahlungen können ungültig sein wegen Veräußerungsunfähigkeit des Zahlenden oder weil er mit fremdem Gelde zahlte. Diese Ungültigkeit ist aber nur zum Vortheile des Zahlenden resp. des Eigenthümers des Geldes angenommen. Sie wird wirkungslos, wenn in Folge einer Consumtion oder Vermischung die Rückgabe des Gezahlten doch nicht mehr zu erlangen ist. Andererseits ist in einem solchen Fall der Gläubiger befriedigt, da er keinen Anspruch auf Herausgabe des Empfangenen mehr zu fürchten hat. Eben deshalb wird der Zahlende in diesem Falle nachträglich befreit: „non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum qui accepit pervenisse“ (l. 19 § 1 D. de R. C. (12. 1); s. auch l. 61 D. de solut. (46. 3)); — oder wie es in l. 17 D. eod. heißt: „ne si aliter observaretur, creditor in lucro versaretur“, zu Deutsch: „weil der Gläubiger das ihm Gebührende bereits erhalten hat“; — so daß sich also die nachträgliche Convalescenz hier aus dem Begriff und Zweck der Zahlung selbst ergiebt und keineswegs, wie Sell a. a. O. § 42 thut, auf ein allgemeines Princip, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichern dürfe, zurückgegangen zu werden braucht. —

Bei Sell, welcher a. a. O. §§ 45 ff. die ganz allge-

meine Geltung dieses angeblichen Princips auch in den gesetzlich nicht vorgesehenen Fällen behauptet, finden sich als fernere Anwendungen desselben noch bezeichnet:

m) Das Interusurium (§ 37 a. a. O.), wobei freilich übersehen ist, daß der Schuldner bei verfrühter Zahlung nur dann einen Abzug machen darf, wenn der Gläubiger sich dies gutwillig gefallen läßt, worüber sowie insbesondere über die Bevormundung der Frau in l. 24 § 2 D. de sol. matr. (24. 3) die Ausführung von Puchta in dessen Vorlesungen § 241 zu vergleichen ist; — daß also die grundlose Bereicherung des Gläubigers dem Schuldner an an sich gar keinen Anspruch giebt.

n) Das rein positive Verbot der Schenkungen unter Ehegatten (a. a. O. § 44).

o) Die angebliche „allgemeine Rechtsregel", daß im Zweifel eher für den de damno vitando als für den de lucro captando Certirenden zu entscheiden sei (siehe a. a. O. § 41 und 43); — wogegen zu bemerken, daß sich eine solche Rechtsregel überhaupt nicht nachweisen läßt.

p) Die sog. lex Rhodia, insofern sie für den Fall der Seegefahr das Princip aufstellt: „omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est"; ein Grundsatz, welcher sich eben nur aus der eigenthümlichen communio periculi unter den Seefahrenden rechtfertigt, von den römischen Juristen aber auch nicht im Entferntesten als Ausfluß eines allgemeinen Princips angesehen oder in größerer Ausdehnung angewendet worden ist, wie sich dies allerdings bei gemeinrechtlichen Schriftstellern findet[47]). Die römischen Ju-

47) So bemerkt Leyser sp. 160: das angegebene Princip der lex Rhodia greife auch in causis non maritimis Platz und sei allgemein propter aequitatem bei allen Rechtsgeschäften anerkannt.

risten haben vielmehr, nachdem die lex einmal recipirt war, die Verpflichtung zur Contribution vollkommen correct als ein mit der Contractsklage geltend zu machendes naturale des Miethsvertrages zwischen dem Schiffer und seinen Passagieren aufgefaßt. Die Verpflichtung erscheint also lediglich als Bestandtheil eines eigenthümlichen Contractsverhältnisses und als eine vertragsmäßig übernommene, mag der einzelne Interessent von dieser lex contractus Kenntniß gehabt haben oder nicht (vergl. unten § 15).

§. 8.

Ueberblicken wir nunmehr die so eben gegebene Uebersicht von dem oben (S. 184) genommenen Standpunkte aus, wonach sich die Beschränkung der Rechtsverfolgung nach Maßgabe der Bereicherung als Ausnahme von der Regel besonders und zwar als naturale eines bestimmten negotii oder als positive taxatio condemnationis rechtfertigen muß, so wird es darauf ankommen, ob sich alle erwähnten Fälle unter eine dieser beiden Rubriken bringen lassen. — Dies hat in der That keine Schwierigkeit. —

Die Anwendung des Unschädlichkeitsmaßstabes hat nämlich ihren Grund

1) in der Eigenthümlichkeit eines besonderen Rechtsverhältnisses (naturale negotii) in den Nummern **f** (negot. gestio), **h** (condictio indebiti, conf. unten § 20), **i** (Mandat), **l** (Zahlung), und auch **p** (locatio conductio);
2) in äußeren Umständen, welche eine positive Beschränkung der Rechtsverfolgung (taxatio condemnationis) rechtfertigen, z. B. Unfähigkeit,

Stellvertretung, Tod, Verjährung, bona und mala fides, in den Nummern a bis c, d, e und g; während die zuletzt erwähnten, nur von Sell hierher gezogenen Fälle theils auf Irrthum beruhen (Nr. m und o), theils, wenn sie überhaupt hierher gehörten, noch unter die Rubrik 1 fallen würden (Nr. n und p).

Es darf indessen doch nicht unerwähnt bleiben, daß die hier aufgestellten zwei Rubriken und die Subsumtion unter dieselben keinen Anspruch auf mathematische Schärfe machen und der Natur der Sache nach nicht machen können; und so würden z. B. die Fälle a bis d von einem etwas veränderten Gesichtspunkte aus, insofern nämlich das Contrahiren mit Unfähigen, die Stellvertretung, die Collision des Eigenthumes mit einem redlichen Besitzer als eigenthümliche Rechtsverhältnisse aufgefaßt werden, — sich sehr wohl unter die Rubrik 1 bringen lassen, welcher sie auch processualisch, d. h. in der äußeren Gestaltung der formula, mehr oder weniger angehört haben mögen.

Bei Weitem wichtiger ist die Bemerkung, daß der Begriff der Bereicherung in allen diesen Fällen kein absoluter und sich gleich bleibender ist. Er ist nicht nur vorwiegend casuistisch („plurimum facti habet"), sondern er nimmt schon an sich in jedem Rechtsverhältnisse eine geradezu individuelle Gestalt an, wie dies auch nach dem, was bereits in § 3 (S. 176) über das Verhältniß des Bereicherungsmaßstabes zur aequitas bemerkt wurde, in der That nicht anders sein kann.

Es ist also als ein entschiedener Mißgriff zu betrachten, wenn nach Koch's Vorgange (ob. S. 167) auch Witte (a. a. O. S. 283) es als selbstverständlich betrachtet, daß „Bereicherung" immer ein „noch zur Zeit der Litiscontestation vorhandener positiver Gewinn" sein müsse, und sich dann von

diesem Gesichtspunkte aus bemüht nachzuweisen, daß weder bei der negotiorum gestio (a. a. O. S. 7 Note 2), noch bei der a. de in rem verso (S. 267 ff., S. 282 f.), noch bei den Delictklagen gegen den Erben (a. a. O. S. 317 ff.), noch bei den condictiones das Object der Klage durch die Bereicherung bestimmt werde. — Man braucht bloß von einer andern Nuance des Bereicherungsbegriffes auszugehen, um wieder zu einem andern Resultate zu kommen. (Vergl. unten §§ 9. 10 und 20.)

Wie unzulässig es überhaupt ist, einen abstracten Begriff der Bereicherung aufzustellen, statt diesen Begriff überall im Zusammenhange mit der aequitas des concreten Verhältnisses zu erfassen, soll nunmehr an einigen geeigneten Beispielen (vergl. oben Nr. d, a, g, n, f, b) nachgewiesen werden [48].

I. Bei der hereditatis petitio ist maßgebend, daß der Besitzer kein Recht hat, aus der fremden Erbschaft irgend einen Vortheil zu ziehen, woher der bonae fidei possessor z. B. auch Privatstrafen, Zinsen, Miethgelder u. s. w., welche er propter hereditatem eingezogen hat; Vortheile, welche er durch Verkauf und Rückkauf der Erbschaftssachen erworben hat, restituiren muß; und ebenso die Früchte als „augmenta hereditatis" selbst dann, wenn sie der Kläger nicht gezogen haben würde (L. 22, L. 23 § 1, l. 27 § 1, l. 30, l. 40 § 1, l. 55. 56 D. h. t. (5. 3). S. auch Ihering, Abhandlungen S. 77 ff.).

Andererseits wird zu Gunsten des Erbschaftsbesitzers in Betracht gezogen, daß er sich sowohl zur Vernachlässigung der Erbschaftssachen, als zu beliebiger Disposition über diesel-

48) Eine freilich sehr unvollständige Andeutung über diesen Gegenstand finden wir bei Mommsen, Beiträge I S. 321 Anm. 5.

ben und überhaupt zu vermehrten Ausgaben berechtigt glaubt, so daß er für Verlust der Bereicherung durch Zufall, Leichtsinn oder Freigebigkeit nicht verantwortlich gemacht werden kann (L. 25 § 11 h. t.: „si quid dilapidaverint vel perdiderint, dum se re sua abuti putant rel." — L. 31 § 3 D. eod.: „quia quasi rem suam neglexit rel."). — Im Zusammenhange damit gilt auch eine Ersparniß eigener Ausgaben durch Bestreitung derselben aus der Erbschaft nicht schlechthin, sondern nur insoweit als Bereicherung, als dieselben auch abgesehen von dem Erbschaftsbesitz gemacht worden wären (L. 25 § 15. 16 D. eod.: „Et verius est etc.) 49). Ist hingegen die Erbschaft thatsächlich nicht angegriffen worden („non attigit"), so kann der Besitzer sich überhaupt nicht darauf berufen, daß er anderweit Ausgaben „contemplatione hereditatis" gemacht habe (L. 25 citt. §§ 12. 13). — Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer ist endlich vollkommen berechtigt, es auf den Ausgang des Processes ankommen zu lassen („nec debet .... indefensum jus suum relinquere") und wird in wirkliche mala fides erst durch das Urtel versetzt; deshalb erklärt Paullus diesen Zeitpunkt auch als maßgebend für die Bereicherung L. 36 § 4 l. 40 pr. D. h. t. 50). (Vergl. Witte a. a. O. S. 26 ff.)

II. Bei den Rechtsgeschäften mit einem pupillus infantia major ist davon auszugehen, daß derselbe an sich handlungsfähig nur deshalb im positiven Rechte unter Vormundschaft gestellt ist, um ihn vor den Folgen ju-

49) S. Göschen, Vorles. Bd. V S. 420 und über die Behandlung der Bereicherungsfrage im Fall der hereditatis petitio partiaria (L. 25 § 15 D. h. t. (5. 3) ebend. S. 448.

50) War früher bestritten; s. v. Savigny, System Bd. IV S. 180.

gendlicher Unerfahrenheit zu schützen (v. Savigny, Obl.-Recht Bd. I S. 61 ff.; Mommsen, Beiträge Bd. I S. 322 Note 5). — Aus dem Zwecke dieser Sicherheitsmaßregel ergiebt sich, daß Rechtsgeschäfte klage- und einwandweise nach Maßgabe der Unschädlichkeit gegen den Pupillen geltend gemacht werden können [51].

Indessen kommt außer der allgemeinen Frage, ob derselbe das Empfangene weggeworfen („omittere, perdere, male consumere, dilapidare") oder wirthschaftlich verwendet habe (§ 2 Just. qb. alien. II 8), doch wieder in Betracht, daß dem Pupillen die Vermögensverwaltung entzogen ist, daher ihm als Bereicherung in der Regel nur die Ersparniß laufender durchaus nothwendiger Auslagen angerechnet wird [52]. Die hiernach vorhandene Bereicherung gegen den Pupillen aber kann klage- und einwandweise geltend gemacht werden, wenn sie nur zur Zeit der Klaganstellung („tempus quo

---

51) Es findet gegen den Pupillen die Geschäftsklage statt, z. B. die Darlehnsklage (l. 5 pr. D. 26. 8), die a. venditi (l. 5 § 1 ib.); die a. negot. gestor. contrar. (l. 6 pr. L. 34 D. de N. G. (3. 5) und directa (L. 3 § 4 eod.); die a. utilis commodati (L. 3 pr. D. 13. 6); die Klage aus dem Contracte seines Institors (L. 10 D. 14. 3); die a. institutoria bei einer intercessio tacita (L. 8 § 15 D. ad. Sct. Vellej. (16. 1); die a. depositi (L. 1 § 15 D. 16. 3); die a. ex stipulatu (L. 1 pr. D. 26. 8); die a. mandati utilis (L. 66 D. 46. 3). — Hiernach ist es eine ungenaue und unjuristische Ausdrucksweise, wenn gesagt wird, die Obligation des Pupillen sei eine obl. civilis, entstehe aber ex aequitate naturali (s. z. B. Cocceji jus controv. L. II tit. 14 qu. 30) oder „aus der Bereicherung" (Puchta, Pand. § 237 Note h). — Richtig v. Vangerow, Leitfaden § 279 Anm.

52) Ueber den Begriff der impensae necessariae s. einstweilen L. 65 § 6 D 12. 6 und v. Savigny, System Bd. IV S. 72 Note. Ausführlich Leist, Civilist. Studien H. II S. 20 ff., S. 75 ff., S. 118 ff.

agitur, tempus litis contestatae") [53]) noch vorhanden ist [l. 47 pr. § 1 D. de solut. (46. 3), l. 37 pr. D. de N. G. (3. 5)]; — wohl deshalb, weil der Vormund jedenfalls durch die Klage von der Zahlung oder Leistung Kenntniß erhält und darauf sehen soll, daß das noch Vorhandene nicht zum Schaden des Klägers verloren gehe.

§ 9.

III. Bei den Delictklagen und Interdicten, welche durch den Tod des Delinquenten oder Ablauf der prätorischen Verjährungsfrist eine Beschränkung nach Maßgabe der Unschädlichkeit erleiden [54]), greift das Princip durch, daß mit dem Eintritt des Todes der Umfang des Anspruchs sich fixirt und der Rechtsgrund von nun an eine rein rei-persecutorische Wirkung hat. — Daher die Eigenthümlichkeit, daß das „in quantum ad heredem pervenit" (Bereicherung) nicht nur jeden Vortheil umfaßt, welcher aus der unerlaubten Handlung des Verstorbenen auf den Erben — (bei der actio quod metus causa auch auf andere Successoren: L. 16 § 2 D. 4. 2) — in der That übergegangen ist: „si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti" L. 127 D. de R. J. (50. 17) [55]); sondern

53) Zwischen tempus quo agitur und tempus litis contestatae ist kein Unterschied. L. 34 D. 4. 4 und L. 47 cit. — A. M. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon s. v. Bereicherung Bd. I S. 926. S. aber Witte a. a. O. S. 283 f.

54) Gegen die Ausführung Sell's (a. a. O. § 30), nach welchem sich durch Tod und Verjährung das ursprüngliche Klagerecht in ein ganz anderes „aus dem bloßen Factum der Bereicherung" (d. h. a. in factum) verwandeln soll, s. m. Abh. in Siebenhaar's Archiv für deutsch. Wechselr. Bd. IX S. 40 Anm. 40; auch Witte a. a. O. S. 319.

55) Die L. 127 cit. giebt den bei Bereicherungen ex delicto defuncti im Allgemeinen entscheidenden Gesichtspunkt an. — Nach

auch dasjenige, dessen Uebergang auf den Erben dieser selbst dolo malo, d. h. um es dem Verletzten zu entziehen, verhindert hat (L. 1 § ult., l. 2 D. de vi (43. 16), L. 27 D. de dol. mal. (4. 3) und Göschen, Vorles. Th. I S. 421).

Nur auf zufälligen Untergang, wenn derselbe den Kläger ohnehin getroffen hätte, nicht auf Consumtion oder Veräußerung kann sich der Erbe berufen (L. 14 § 11, L. 17 D. qd. met. cs. 4. 2); wobei besonders hervorgehoben wird, daß der Untergang der Sache den Beklagten dann nicht befreit, wenn dieser sie inzwischen gegen ein Aequivalent vertauscht hatte (L. 28 D. de dol. ml. (4. 3) L. 18 D. qd. met. cs. (4. 2): „nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea *depereat*“ [56]), ... quia licet res, quae in hereditate fuerant, apud eum non sint, tamen pretium earum locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo perinde obliget, ac si corpora in eadem specie mansissent“). — Dies deutet darauf hin, daß nach einer frühern, beschränk-

---

Erxleben (Die condictiones sine causa Bd. I S. 205 ff.) soll sie sich nur auf Geld und andere Consumptibilien beziehen, arg. L. 19 § 2 D. 12. 6; L. 94 D. 46. 3.

56) Diese Lesart ziehe ich mit Mommsen (Beiträge Bd. I S. 324 Note 7) der Florentinischen Lesart „deperdat“ vor. Es ist hier von dem Untergang des ursprünglichen Gegenstandes, nicht von dem Verlust des dafür eingetauschten Aequivalents die Rede, was durch die in L. 18 cit. ausdrücklich in Bezug genommene Analogie der hereditatis petitio und des Sct. Juventianum. — (S. l. 20 § 6 D. de H. P. (5. 3): „etsi eae — — deperissent, deminutaeve fuissent“ und dazu den Commentar in L. 20 § 17 § 21. L. 22. L. 23 eod.) — so sehr über allen Zweifel erhoben wird, daß Witte (Bereicherungsklagen S. 320 N. 6) doch wohl hätte Bedenken tragen sollen, diese Ansicht als „trivial“ zu bezeichnen. — S. indessen auch v. Savigny a. a. O. S. 71.

tern Ansicht der Erbe nur so lange haften sollte, als ihm die Bereicherung ohnehin indirect durch Zuziehung eines Regresses entzogen werden konnte (L. 25 § 17 de H. P. (5. 3): „Et puto posse res vindicari, nisi emtores rel.", Jhering, Abhandl. I S. 77 ff.), beziehentlich so lange er die Sache, weil sie noch existirte, sich wieder zu verschaffen und sie dem Kläger in natura herauszugeben im Stande war (Vergl. oben S. 166 N. 11).

Während es ferner bei dem nächsten Erben nur darauf ankommt, ob er den Vortheil aus dem Delict sich zugeeignet hat (L. 9 pr. D. de vi (43. 16): „in solidum tenebitur is, ad quem totum pervenerit, licet ex parte heres sit"), kommt es bei dem Erbeserben eben nur auf diese Eigenschaft an (L. 17 D. 4. 2: „quoniam hereditariam suscepit obligationem . . . ; sufficit enim, semel pervenisse ad proximum heredem et quod perpetua actio esse coepit")[57]). — Die Zeit der Litiscontestation wird also hier nur insoweit von Wichtigkeit sein, als damit in der Regel die Verantwortlichkeit für casus eintritt, oder als der Erbe, wenn nach Ablauf der kurzen Verjährung mit seinem Erblasser lis contestirt worden L. 33, L. 58 D. de O. et A. (44. 7), für den Vortheil haftet, so weit er damals noch vorhanden war — „si modo certum sit, aliquid pervenisse", was in vielen Fällen (z. B. l. 28 D. 4. 3; L. 20 D. 4. 2) gar keines besondern Nachweises bedarf.

57) In den hierauf folgenden Schlußworten „Alioquin dicendum erit (d. h. sonst müßte man auch behaupten wollen) nec ipsum, qui consumpsit, quod ad eum pervenit teneri" — findet Sell a. a. O. S. 20 das Anerkenntniß, daß auch der erste Erbe durch Consumtion frei werde, während dieselben das Gegentheil als bekannt voraussetzen. Vergl. Witte a. a. O. S. 319 f.

IV. Durchaus eigenthümlich gestaltet sich der Begriff der Bereicherung wiederum im Verhältniß der Ehegatten zu einander, insofern es sich hier um wirkliche Schenkungen handelt, deren Widerruf immer nur „quatenus pauperior factus est actor" gehen kann, wogegen das sub I und III maßgebende Princip „ut omne lucrum extorqueatur" hier zurücktreten muß L. 5 § 16; l. 25, auch l. 28 § 3 D. h. t. (24. 1).

Eine fernere Einschränkung erleidet der Begriff der Bereicherung durch die Rücksicht, daß das Verbotgesetz, welches den animus donandi in diesem Verhältnisse für unwirksam erklärt (L. 6 D. h. t.), auf eine seinem sittlichen Zwecke entsprechende Weise ausgeführt werden will (L. 28 § 2 D. h. t.: „nec tanquam inter infestos.... sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes"); daß ferner der Ehemann für den Unterhalt der Ehefrau von Rechtswegen und zwar standesmäßig, ohne Rücksicht auf strenges Bedürfniß zu sorgen hat (L. 18 l. 28 § 2, L. 31 pr. § 9. 10, L. 58 § 1, L. 5 § 8 sq. D. h. t.).

Abgesehen hiervon befindet sich auch der Beschenkte, da er durch den freien Willen des Schenkers selbst die Disposition erhalten hat, bis zur Litiscontestation (L. 7 pr. D. h. t.) in der unverantwortlichen Stellung eines redlichen Besitzers, welchem aus dem Widerrufe wenigstens kein positiver Schaden erwachsen darf L. 16, L. 29 pr. D. h. t.; c. 8, c. 17 C. eod. (5. 16)[58]). — Aus diesem Gesichtspunkte

---

58) Die bloße Möglichkeit des Widerrufs ändert hieran nichts, wohl aber erscheint der beschenkte Ehegatte, wenn er durch Vernichtung oder Veräußerung den bereits angekündigten oder erfolgten Widerruf vereitelt, als einer, „qui dolo desiit possidere". So sind die strengeren Entscheidungen von Pomponius (l. 14 D. ad exhibend. 10. 4) und des Julian (L. 27 h. t.) zu verstehen. Gegen

wird der Widerruf der Schenkungen mit einer Ungunst behandelt, welche über das angebliche Princip: „quia manet res ejus, qui dedit, suamque rem perdit (L. 28 pr. h. t.) weit hinausgeht [59]); wie denn auch die ratio des Ulpian in L. 18 pr. D. de R. C. 12. 1 („quoniam secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti“) als zutreffender erscheint. — Hervorzuheben ist noch das consumere, insofern damit die Ersparniß einer Ausgabe concurriren kann (L. 5 § 18 D. h. t.). Einerseits stellt der ersparte Geldwerth eine unzerstörbare Bereicherung dar, andererseits gilt die Bezahlung von Schulden als rechtlich nothwendig, folglich schlechthin als Ersparniß [60]) ihres vollen Betrages,

---

v. Savigny a. a. O. Bd. IV S. 67 ff. Note t und u, welcher die Aufnahme dieser Stellen für ein reines Versehen erklärt und in Betreff des angeblichen Inhalts des Sct. von a. 206, ist l. 29 pr. h. t. (von Pomponius) zu vergleichen. Die Schlußworte in l. 32 pr. D. h. t. „ut aliquid laxaret ex juris rigore“ beziehen sich nur auf den Fortfall des über den Zweck des Verbots hinausgehenden Widerrufs durch die Erben des Schenkers.

59) S. L. 29 pr. D. h. t. (Pomponius): „Si mulier ex pecunia donata emtum servum vendidisset et alium emisset, posteriorem periculo mulieris esse Fulcinius scripsit. Quod non est verum, licet non ex re mariti emtus sit.“ — Den im Text angegebenen Gesichtspunkt heben auch v. Savigny a. a. O. Bd. II S. 61 und 68 Note u und Erxleben a. a. O. Bd. II S. 497 hervor. — Daß bei den Delictklagen und der hereditatis petitio etwas Anderes gegolten hätte, soll übrigens durchaus nicht behauptet werden; vielmehr steht die lex 29 pr. cit. mit der oben sub III mitgetheilten l. 18 D. qd. met. cs. (4. 2) im besten Einklange, dient zur näheren Bestimmung der Worte derselben „quia licet res quae in hereditate fuerant, apud eum non sint, tamen pretium earum, locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo etc.“ und darf mit als ein Argument für die Richtigkeit der oben N. 56 vertheidigten Leseart „depereat“ betrachtet werden.

60) Vorausgesetzt: „nisi quid interfuit debitoris, eam pecuniam non solvi“ L. 43 D. de N. G. (3. 5). S. auch l. 45 § 2 h. t.; L.

nach dem Satze: „eo ipso, quod non est pauperior factus locupletior est“ (L. 47 § 1 D. de sol. 46. 3). Vergl. L. 7 § 7, L 50 pr. D. h. t.: „(locupletior) facta (mulier) intelligitur, quae aere alieno suo interventu viri liberata est, quod potuisset adhuc debere, si vir pecuniam non solvisset“. — Ganz anders aber wieder, wenn durch das Geschenk erst die Eingehung der Schuld veranlaßt worden (L. 50 cit. § 1: „quod aliter emtura non fuit rel.“). Hier kommt es wiederum allein auf das gewinnbringende Resultat, den eventus des Geschäfts an (L. 7 § 3, L. 28 § 3 D. h. t.; c. 9 C. eod. (5. 16). Danach entscheidet sich selbst im Falle der venditio donationis causa facta, jenachdem der Schenker oder der Beschenkte den Anstoß zu dem Geschäft gegeben hat, — ob die Bereicherung durch die Ersparniß am Kaufpreise dargestellt wird, oder durch den Werth der gekauften Sache (L. 5 § 5 D. h. t.: „si modo, cum animum maritus vendendi non haberet rel.“ [61]).

§ 10.

V. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, zu welcher wir uns jetzt wenden, zeigt sich wiederum die Ei-

37 D. de usuris (22. 1) und Wächter im Archiv für civilist. Praxis Bd. 20 S. 348 f. — Dadurch, daß die Ersparniß nicht in den Geldstücken, sondern in dem Geldwerthe liegt, erklären sich Stellen wie L. 7 § 1 h. t.; s. dazu auch v. Savigny a. a. O. Bd. IV S. 74.

61) Die vorgetragenen Grundsätze müssen im Ganzen auch bei dem Widerruf der Schenkungen wegen Undanks gelten. C. 7 pr. § 1 C. de Revoc. donat. (8. 56); s. darüber hauptsächlich v. Savigny a. a. O. S. 76, welcher den Beschenkten seit der begangenen Undankbarkeit als unredlichen Besitzer behandelt wissen will; auch Witte a. a. O. S. 159.

genthümlichkeit des ganzen Instituts auch in der Behandlung der Bereicherungsfrage. Es beruht nämlich hier das ganze Rechtsverhältniß auf der einseitigen Willenserklärung des Geschäftsführers, durch welche sich derselbe in demselben Umfange verpflichtet, als wenn er ein Mandat angenommen hätte (daher „quasi ex contractu"; s. unten § 18)[62]); wonach sich also zunächst ergiebt, daß aus dem einseitigen Willen des gestor für den dominus unmittelbar

62) Mit Bezug auf die überaus reiche civilistische Literatur über die negotiorum gestio mag, — da hier auf einzelne Streitfragen ohnehin nicht eingegangen werden kann, nur erwähnt werden, daß die Abhandlung von Wächter im Archiv für civilist. Praxis Bd. 20 S. 346 ff. unseres Erachtens noch immer das Beste bleibt, was über diesen Gegenstand geschrieben worden. — Der Gedanke, daß es einseitige Rechtsgeschäfte giebt und die negotiorum gestio ein solches ist, scheint fast abhanden gekommen zu sein. Trotz der Auseinandersetzungen Weber's in seiner Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit S. 80, 86 ff. stecken wir noch immer in den berüchtigten Quasicontracten (vgl. unten §§ 19. 20). — So glaubt, um nur Ein Beispiel anzuführen: Ruhstrat, „Ueber negotiorum gestio" (Oldenburg 1858) S. 27 noch jetzt: daß das Zusammentreffen der auf Geschäftsführung gerichteten voluntas des Gerenten mit dem, wenn auch nicht zum Bewußtsein gekommenen Willen des dominus **der tiefere Grund** sei, auf welchem die hier fragliche dem Mandatsverhältnisse analoge **quasicontractliche** Obligation beruhe". — Tief liegt dieser Grund freilich, besonders wenn infantis oder furiosi negotia gerirt werden L. 3 § 5 D. h. t. Jenes „Zusammentreffen mit dem nicht zum Bewußtsein gekommenen Willen" ist durchaus nichts Anderes als der sog. präsumtive Consens, welcher hier von jeher (s. z. B. Leyser, Usus mod. sp. 55 coroll. 3; Ludovici, Doct. Pand. L. 12 t. 1 § 6) eine große Rolle spielte. — Leist, Civilist. Stud. H. II S. 164 Anm. 6 hat dafür einen besonderen Namen: „Willensgemeinschaft" vorgeschlagen. Jetzt ist Witte, Bereicherungsklagen S. 7 f., sogar wieder auf das „fingirte Mandat" zurückgekommen und giebt der a. negot. gestor. den Charakter eines auf stillschweigendem Vertrage beruhenden Rechtsmittels.

nur Rechte, keine Pflichten entstehen. („Naturalis enim simul et civilis ratio suadet, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse“ L. 39 D. h. t. (3. 5)).

Genauer charakterisirt sich der Wille des Geschäftsführers dahin, daß er auf eine Liberalität gerichtet ist; doch aber nur insofern, als er persönliche Thätigkeit und Sorgfalt im Interesse eines Anderen aufwenden will, ohne diese seine Dienste als geldwerthe, zu entgeltende zu betrachten[63]). Er handelt mithin amico animo, nicht aber animo donandi[64]), insofern er sich eben nur zu persönlicher Thätig-

---

63) Deshalb ist die negot. gestio keine Schenkung. Welche Dienste geldwerth sind, ist Thatsachenfrage; gewerbliche Arbeiten, operae fabriles, sind es in der Regel: L. 6 D. de oper. libert. (38. 1) und l. 26 § 12 D. 12. 6; auch solche können aber von Jemanden, der kein Gewerbe daraus macht, aus Gefälligkeit vorgenommen werden.

64) „Amico animo“: L. 1 § 4 D. mand. (17. 1): „Originem ex officio atque amicitia trahit“ § 13 Jnst. 3. 26. L. 36 h. t.; andererseits aber animo obligandi, d. h. zunächst weder in der Absicht zu schenken (L. 4 h. t.), noch um einer bloß moralischen Pflicht zu genügen: L. 34. L. 44 h. t.; c. 1, 11, 13, 15 C. h. t. (2. 18). — Was in diesen letztern Fällen „amicitia paterna“, „pietatis respectu“, „exigente materna pietate“ geleistet wird, ist weder Geschenk (v. Savigny, Syst. Bd. IV S. 85), noch liegt in solchem Falle eine Geschäftsführung vor, insofern unter dem animus obligandi die thatsächlich vorhandene Absicht verstanden wird, von einem Andern (dem Geschäftsherrn) Ersatz der baaren Auslagen zu erlangen. (S. c. 11 und 15 citt. Kritz, Pandekten-Recht Bd. I S. 399 ff. — Ferner im Allgemeinen über den Beweis des animus obligandi Witte a. a. O. S. 21 f.) — Der animus oblig. ist hiernach zwar eigentlich ausgeschlossen, wenn Jemand das fremde Geschäft irrthümlich als eigenes besorgt: L. 14 § 1 D. comm. div. (10. 3) „quia neminem mihi obligare volui“. Man ist indessen — und zwar schon in der römischen Praxis — geneigt gewesen, hier einen eventuellen animus obligandi als selbstverständlich anzunehmen, weil

keit, nicht zu wirklichen Vermögensopfern verpflichten will. Er bietet das Geschäft demjenigen, welchen es angeht („ad quem pertinet") im Ganzen, d. h. den Vortheil zugleich mit den darauf ruhenden Lasten und Verbindlichkeiten an. Der dominus muß das Geschäft entweder ganz ablehnen oder es so übernehmen, wie es ihm offerirt worden ist[65]).

Soweit also in der weiteren Entwickelung dieses Verhältnisses der Grundsatz durchgreift, daß sich der negotiorum dominus nicht mit dem Schaden des gestor bereichern, daß umgekehrt die Geschäftsführung nicht zum Schaden des Geschäftsführers ausschlagen soll, beruht dies nicht etwa auf positiver Vorschrift, sondern ist ein naturale negotii, selbstverständliche Folge und Inhalt der einseitigen Willenserklärung des Geschäftsführers, „welcher für die gegenseitigen Pflichten

---

doch kein animus donandi vorhanden und objectiv fremde Geschäfte geführt sind.

65) „Es ist unzulässig, dem Erwerbe von Rechten die Genehmigung zu ertheilen und sie der damit im Zusammenhange stehenden Uebernahme von Verbindlichkeiten zu versagen", Seuffert, Lehrbuch der Pand. Bd. II S. 239 arg. L. 10 D. de Reg. Jur. (50, 17) L. 16 D. de admin. et pericul. (26. 7). L. 39 § 1 D. de oper. libert. (38. 1): „quia non debet ex parte obligationem comprobare, ex parte tamquam de iniqua queri". — Die Geschäftsofferte kann freilich schon von vornherein abgelehnt sein durch Verbot oder Widerspruch (l. 40 D. mand. (17. 1) c. 24 C. h. t. 2. 18), auch hierbei ist aber vorausgesetzt, daß sich nicht der dominus Vortheile aus dem Geschäft doch thatsächlich aneignet: L. 6 § 3. 4 D. h. t. L. 17 § 4 D. de instt. act. (14. 3) § 251 Th. I T. 13 Allg. Preuß. LR. Dies war freilich für das römische Recht schon zur Zeit der Glossatoren sehr bestritten (s. Haenel, Dissensiones dominorum p. 241, 275). Sie ließen theils keine Klage, theils eine a. utilis zu. Vergl. auch Glück, Komment. V S. 339.

und für den ganzen Umfang des Verhältnisses allein maßgebend ist" (Leist, Civilistische Studien H. II S. 151)[66]).

Insbesondere entsteht die actio contraria ganz unabhängig von dem Willen des Geschäftsherrn, weil sie eben durchaus nicht auf eine Gegenleistung geht, vielmehr nur dazu bestimmt ist, den Willen des Gestor in seiner negativen Richtung (Mangel des animus donandi) zur Geltung zu bringen[67]); seine Verpflichtung auf ihr richtiges Maß zurückzuführen (vergl. § 11. § 18), für den Fall versäumter Compensation als Correctiv zu dienen[68]).

---

66) Wie bei den Realcontracten, sagt man, entstehe hier die Verbindlichkeit erst durch die wirklich erfolgte Geschäftsführung, wofür sich etwa l. 3 § 7 D. h. t.: „Haec autem actio, quum ex negotio gesto oriatur rel." anführen läßt. Sie entsteht indessen ebensogut auch durch Ueberlassung l. 6 § 12 eod.: „teneri eum et propter ea, quae non gessit? Quod puto verius"; also deshalb, weil die Ausführung hinter der durch Willenserklärung übernommenen Pflicht zurückgeblieben ist. — Andererseits tritt auch der Gesichtspunkt der unbefugten Einmischung (L. 36 D. 50. 17; l. 3 § 10 D. h. t.; § 228 Th. I T. 13 Allg. Preuß. LR. conf. L. 5 pr. D. 44. 7: „neque ullum maleficium est rel.") da ganz zurück, wo der gestor „affectione coactus" gewissermaßen unter moralischem Zwange handelt, um Schaden zu verhüten.

67) Richtig bemerkt von Ludovici, Doctr. Pand. L. III T. 5 § 6. Dieser Mangel des animus donandi ist auch dann entscheidend, wenn der gestor zunächst sui lucri causa handelt L. 6 § 3 D. h. t. Die scheinbaren Ausnahmen „non in id quod ei abest, sed in quod ego locupletior factus sum" (ob. S. 200) ist in der That Regel, denn auch bei nothwendigen und amico animo geführten Geschäften haftet der dominus nicht weiter, als er durch Ersparniß bereichert ist. — Freilich kann, insofern durch Anschaffung einer nothwendigen Sache Schaden vermieden wird, die Ersparniß über den Marktpreis hinausgehen L. 5 pr. D. 15. 3. Rücksichtlich der unzweckmäßig verwendeten Kosten ist aber kein negotium necessarium. Anm. 69.

68) L. 8 § 2 D. h. t.: „Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi". S. auch

Die actio contraria beruht also nicht auf einer Verpflichtung des Geschäftsherrn zur Genehmigung oder auf einem präsumtiven Consens desselben [69]); wohl aber ist ihre

---

l. 11 D. h. t. Dies ist der Charakter aller actiones contrariae. Deshalb kommen sie vor, wo es eines solchen Correctivs bedarf, mag die Obligation übrigens auf Vertrag oder einseitiger Uebernahme beruhen (s. unten § 18 f.) — A. contraria ist das Rechtsmittel, wodurch die Verpflichtung in umgekehrter Richtung gegen den Berechtigten — nämlich zur Einhaltung ihrer richtigen Grenzen, — geltend gemacht wird.

69) Vergl. oben Anm. 62. Eine Verpflichtung zur Genehmigung giebt es überhaupt nicht.— Sie ist auch in § 234 T. 13 Th. I Allg. LR. nicht ausgesprochen, s. Leist, Civilist. Stud. H. II S. 181. — Denn das Rechtsverhältniß beruht eben auf der einseitigen Willenserklärung des Geschäftsführers, durch welche der dominus zunächst nur berechtigt, nicht verpflichtet wird; a. directa sowohl als contraria sind von einer Genehmigung unabhängig, v. Wächter a. a. O. Bd. 20 S. 339 ff., S. 348, Leist a. a. O. S. 135. Erfolgt freilich die Ratihabition, so enthält sie das Anerkenntniß, daß der dominus das Geschäft als ein subjectiv für vortheilhaft erachtetes selbst vorgenommen haben würde, daß ihm die erforderlichen Auslagen erspart sind (L. 5 § 2 D. 15. 3: „si quidem dominus ratum habeat vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emerit"); immer aber wird sie nur auf die zweckmäßig verwendeten (d. h. ersparten) Kosten bezogen (L. 25 D. h. t.: „si quis negotia gerens plus quam oportet impenderit recuperaturum quod praestari debuerit", L. 31 § 7 eod.: „sumptus necessarios ac probabiles", vergl. mit L. 10 § 10 L. 56 § 4 D. mand. (17. 1), wozu aber alle „impendia mandati (i. e. negotii) exequendi gratia facta" gehören, soweit sie auch ein anderer Geschäftsführer hätte aufwenden müssen, ohne daß es darauf ankommen kann, ob der dominus daran etwas hätte ersparen können (L. 27 § 4 D. h. t., L. 5 pr. D. 15, 3), weil ja vorausgesetzt wird, daß er nicht selbst handeln wollte oder konnte. — Auf die Form der Genehmigung kommt es nicht an, nur daß sich freilich der Unfähige nicht durch bloße Willenserklärung zur Uebernahme schädlicher oder unnützer Geschäfte verpflichten kann, sondern immer nur durch thatsächliche Uebernahme von Vortheilen verpflichtet und daher hier das Bereichertsein besonders hervorgehoben

Entstehung in ausgedehntem Maße abhängig von der Befugniß des Geschäftsherrn, die ihm gemachte Offerte zurückzuweisen und das Geschäft dem gestor für eigene Rechnung zu überlassen (s. hierüber v. Wächter im Archiv für civilistische Praxis Bd. 20 S. 355 ff.). — Deshalb ist von Wichtigkeit

1) die Genehmigung Seitens des dominus; diese gewährt denselben Vortheil, wie ein vorausgehender Auftrag: das Geschäft kann nicht mehr abgelehnt, semel probatum nicht mehr reprobirt werden (L. 9 D. h. t. (3. 5)).

2) die Beschaffenheit der Geschäfte selbst, insofern eine Ablehnung von vornherein undenkbar ist oder doch erfolglos bleiben muß, so oft sich nachweisen läßt, daß der Geschäftsherr die für ihn bestrittenen Ausgaben selbst ebenfalls gemacht haben würde [70]).

Dies vorausgesetzt, greift nämlich der bereits oben (S. 214) erwähnte Gesichtspunkt durch: daß durch die einmalige Ersparniß eine dem Betrage der ersparten Ausgaben gleichkommende unzerstörbare Bereicherung bewirkt ist, so daß also der dominus, — mag er nun das Geschäft ablehnen wollen oder nicht, — diesen Betrag jedenfalls ersetzen muß.

---

wird L. 6 pr., l. 37 pr. (vergl. l. 15 pr.) D. h. t. c. 2 C. eod. — Selbstverständlich kann übrigens nur der ratihabiren, den das Geschäft angeht L. 6 § 1 D. h. t., was aber nicht zu eng, vielmehr ebenfalls aus dem Gesichtspunkte der Offerte aufzufassen ist, wie denn von der Eintreibung einer vermeintlichen Schuld gesagt wird, „ratihabitio fecit tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tui contemplatione gestum“ (L. 6 § 9 D. h. t.), und von der Eintreibung einer Erbschaftsforderung für den vermeintlichen Erben: ratihabitio .... efficit, ut tuum negotium videatur rel. (§ 10 ib.).

70) Analogie der intercessio tacita: L. 8 § 14, L. 29 pr. D. ad Sct. Vellej. (16. 1) c. 4, 19 C. eod. (4. 29).

Hieraus ergiebt sich denn nun die vortheilhaftere Stellung des Geschäftsführers bei den **negotiis necessariis**, im Verhältniß zu den **utiles** und **voluptuariae**[71]); zumal bei den erstern die allerdings mögliche Einrede: die Ausgaben würden trotz ihrer Nothwendigkeit nicht gemacht worden sein, grundsätzlich als unerheblich betrachtet werden muß, weil der dominus den überwiegenden Vortheil der Geschäftsführung thatsächlich genießt, meist ohne sich desselben wieder entäußern zu können; sich überdies selbst einer nicht zu berücksichtigenden Unvernunft und Unredlichkeit beschuldigt[72]).

Während so die Bestreitung thatsächlich oder rechtlich nothwendiger Ausgaben schlechtweg als Ersparniß gilt, bedarf es bei allen andern — nützlichen, bloß angenehmen oder sogar lästigen — Geschäften eines besondern und nur selten möglichen Nachweises, daß und wieweit dem dominus dadurch Ausgaben aus eigener Tasche erspart worden sind[73]), indem er die Ausgabe trotz ihrer Unnöthigkeit gleich-

---

71) Ueber diese Eintheilung und die Parallelfälle aus der Impensenlehre, der neg. gestio und versio in rem s. Wächter a. a. O. S. 355 ff. S. 366, in letzterer Hinsicht besonders Leist a. a. O. S. 23 ff. 75 ff., 118 ff.

72) So war schon Bartolus (nach Müller zu Struv. Synt. Lib. III tit. 5 § 48 add. C) der Ansicht, daß ein Verurtheilter, für den ein Anderer eine Geldstrafe bezahlt hat, gegen die Ersatzklage nicht einwenden könne, er würde es vorgezogen haben, corpore aut fama puniri. Ueber dieselbe Frage, ob der Gegenbeweis bei negotiis necessariis zu gestatten? s. Ruhstrat, Archiv für civil. Praxis 1833 S. 189. 1834 S. 64.

73) Daß es auf diesen Nachweis allein ankomme, wie bei der ganz analogen a. de in rem verso ausdrücklich anerkannt wird (L. 3 § 6 D. 15. 3, auch l. 3 § 4. 5, L. 7 § 5 eod.), pflegt nicht genügend hervorgehoben zu werden; vielmehr wird gemeiniglich dem schwankenden Unterschiede zwischen negotium necessarium und

wohl gemacht haben würde. — So oft sich aber, — mag das Geschäft von dieser oder jener Beschaffenheit sein, — eine Ersparniß nachweisen läßt, liegt der Nutzen (die Bereicherung) schon in dem Unternehmen selbst („negotium utiliter coeptum"), woraus sich mit logischer Nothwendigkeit ergiebt, daß es auf den anderweiten Erfolg nicht ankommen kann, da nicht der eventus, sondern die in dem Vermögen des dominus steckende Kostenersparniß Sitz der Bereicherung ist [74]). Läßt sich dagegen, — wie dies bei nicht nothwendigen Geschäften sehr häufig der Fall sein wird, — eine Ersparniß nicht nachweisen, so liegt der Nutzen einzig und allein in dem eventus und auch wenn der beabsichtigte Vortheil wirklich erreicht wird, kann der dominus wegen Höhe der Kosten oder sonstiger subjectiver Ansichten und Verhältnisse sich doch noch immer bewogen finden, das ganze Geschäft abzulehnen. — In diesem Falle also handelt der gestor auf seine Gefahr; die Unschädlichkeit der Ge-

---

utile ein entscheidender und absoluter Werth beigemessen und der scheinbar positive Satz, daß es bei letzterem auf den eventus ankomme, bei ersterem nicht auf verschiedene Weise zu erklären versucht, z. B. durch Unterscheidung zwischen gerechtfertigtem und ungerechtfertigtem guten Glauben (s. Otto Plathner in der Jur. Wochenschr. pro 1839 S. 322) oder dadurch, daß bei ersterm ein Mandat zu präsumiren, die Genehmigung vorauszusetzen sei (s. Kritz, Pandektenrecht Th. I S. 442). — Richtigere Ansichten bei Leist a. a. O. S. 60.

74) „Negotium utiliter coeptum" ist jedes Geschäft, dessen Nutzen wegen der dadurch bewirkten Ersparniß von Ausgaben, welche der dominus sonst selbst gemacht haben würde, in dem Unternehmen selbst liegt. L. 10 § 1, L. 22 D. h. t.; auch v. Wächter a. a. O. S. 357 f. und im Ganzen richtig Leist a. a. O. S. 48, 91, 94. Der Ausdruck wird allerdings öfter mißverstanden und so verlangt z. B. Plathner in der Jur. Wochenschr. pro 1848 S. 320, das neg. utiliter coeptum müsse auch utiliter fortgesetzt werden!

schäftsführung wird für ihn erst dadurch herbeigeführt, daß der dominus das Geschäft ausdrücklich (durch Ratihabition) oder stillschweigend (durch Anahme der Vortheile) zu dem seinigen macht und damit die zweckmäßig verwendeten Kosten übernimmt [75]).

Als Resultat ergiebt sich also eine zweifache Anwendung des Unschädlichkeitsmaßstabes 1) in einer Richtung zu Gunsten des dominus, insofern derselbe theils nicht mehr zu ersetzen braucht, als die ihm ersparten Auslagen, theils es ihm freisteht, nur diejenigen Geschäfte zu übernehmen, bei welchen er seine Rechnung findet; 2) in der anderen Richtung zu Gunsten des Geschäftsführers, insofern derselbe bei gehöriger Vorsicht und Berücksichtigung der Verhältnisse des dominus in der Regel mit Sicherheit auf den Ersatz seiner Auslagen rechnen kann.

Fassen wir zum Schlusse noch

VI. die Anwendung des Unschädlichkeitsmaßstabes in der Lehre von der nothwendigen Stellvertretung in's Auge, so zeigt sich zunächst gegenüber der actio negotiorum gestorum contraria der charakteristische Unterschied, daß der Satz: der dominus solle nur soweit haften, als er aus dem Geschäfte bereichert ist, dem Geschäftsführer gegenüber ein auf dessen Willen, also auf die Entstehungsart des Rechtsgeschäfts zurückzuführendes naturale negotii ist; während dagegen bei der actio de in rem verso der äußere Zweck: eine Geschäftsführung durch subjectae personae in der Weise zu ermöglichen,

75) Leist a. a. O. S. 59, 100 (s. auch S. 41, 55, 60, 186) bezeichnet die Function der a. contraria als „ideelles jus tollendi", „Abziehen der noch vorhandenen Bereicherung"; — nicht passend, weil nicht die vom dominus übernommenen Vortheile, sondern nur der Betrag der darauf ruhenden Kosten Gegenstand des Anspruches ist.

daß dieselbe dem dominus gerade so wenig schädlich sei, als die durch freie Personen (Ruhstrat, Ueber negotiorum gestio S. 11, 20 ff., Witte, Bereicherungsklagen S. 258 f.) — dem hier allein klageberechtigten Dritten gegenüber durch eine positive Beschränkung (taxatio) erreicht wird, vermöge welcher sich der Anspruch aus einer beliebigen Geschäfts- oder auch Delictsklage nach Maßgabe der Unschädlichkeit reduzirt[76]). — Dieser positiven Beschränkung bei der Stellvertretung inter vivos ähnlich giebt es übrigens auch eine auf das „quatenus in hereditate est", „quatenus pervenit" beschränkte Stellvertretung durch den Erben, wenngleich in einem geringern Umfange.

Abgesehen aber von dem soeben hervorgehobenen äußern Gegensatze ist der Maßstab der Bereicherung selbst

76) Zutreffend sagt Koch, Recht der Forderungen § 150 Th. II S. 527, der Grund der Klage sei keineswegs die aequitas, sondern das besondere Rechtsgeschäft und nur die Uebertragung der passiven Obligation werde durch den Prätor vermittelt. Derselbe habe, um den Mangel der a. negotiorum gestorum utilis zu ersetzen, die dem Dritten aus dem Geschäft mit dem freien negotior. gestor zustehen würde, dem Dritten die Contractsklage selbst gegeben und zugleich der Condemnation eine dem Grundsatze „quod nemo locupletior fieri debet cum damno alterius" entsprechende Begränzung hinzugefügt. Hierdurch ist also der Anspruch auf denselben Umfang reduzirt, welcher bei der actio negotiorum gestorum schon in der Natur des Geschäfts selbst liegt. — Die Haftung für Delicte der subjectae personae geht ebensoweit (s. ob. § 7 b; S. 198 f.). — S. über diesen Gegenstand noch Keller, Comment. ad leg. 32 D. de peculio, Schmidt, Jur. Wochenschr. pro 1839 S. 281 ff., Ruhstrat, Abh. über außergerichtliche Repräsentation im Archiv für Oldenburgisches Recht Bd. I S. 29 f. — Ueber den Begriff der a. adjectitiae qualitatis u. A. L. 5 § 1 D. de exerc. act. (14. 1) und v. Holzschuher, Theorie Bd. I S. 155 Fr. 5.

in beiden Fällen genau derselbe (s. zuletzt Ruhstrat a. a. O. S. 20 f. und Witte a. a. O. S. 260 ff.). Die versio in rem ist eben nur eine species der Bereicherung [77]), sie ist: Bereicherung durch Vermittelung eines nothwendigen Stellvertreters vom Standpunkte des Dritten aus gesehen. — Diese quantitative Gleichheit war in der That im römischen Rechte eine ganz ausgemachte Sache. Man sehe außer der bekannten l. 3 § 2 D. h. t. (15. 3): „Regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator etc." noch l. 17 pr. D. eod.: „Servus in rem domini pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdidit. Nihilominus posse cum domino de in rem verso agi,.. nam... recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum"; ferner Stellen, wo das in rem versum ausdrücklich und schlechthin als Bereicherung bezeichnet wird, wie L. 2 h. t.: .... „agi cum eo de in rem verso non potest, quia dando libertatem locupletior ex nummis non fiat", L. 5 § 3 eod.... „Hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens, locupletiorem eum facit nummis peculiaribus"; oder doch, wie z. B. in l. 5 § 3, L. 7 § 4; L. 10 § 10 eod. mit andern die Bereicherung bezeichnenden Ausdrücken (z. B. pervenire) zusammengestellt ist. —

Im Einzelnen führen denn auch die römischen Juristen genau dieselben Beispiele für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Bereicherung (bei der Geschäftsführung) und der nützlichen Verwendung an (s. besond. Leist, Civilist. Studien H. II S. 118 ff. S. 123) [78]).

77) S. Koch a. a. O. S. 527, 529 (vorige Anm.).

78) 1. Bezahlung von Schulden L. 23, L. 32 pr. L. 43,

Insbesondere reicht die versio in rem wie die Bereicherung schlechthin soweit, als dem Geschäftsherrn erweislich Ausgaben erspart sind, — wiewohl hier von einer positiven Vergrößerung des Vermögens keine Rede sein kann, — und ohne Unterschied, ob dieselben nützlich waren oder nicht [79]); und es wird gleichmäßig bei der Bereicherung und der versio

45 § 2 D. de N. G. (3. 5) c. 3, 12, 16 C. eod. (2. 29), vergl. mit L. 3 § 1, L. 10 pr. § 7, L. 15, D. de in r. v. (15. 3). — Bei Bezahlung einer Nichtschuld tritt die Bereicherung erst dadurch ein, daß der dominus das Geschäft genehmigt, sich das Rückforderungsrecht zueignet; auf den Fall, daß dies nicht geschieht, bezieht sich L. 23 D. de N. G. (3. 5): „magis est, ut sibi imputare debeat“, auf den entgegengesetzten Fall L. 3 § 1 D. de i. r. v. (15. 1): „in rem versum esse, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet“. Keineswegs wird also in letzterer Stelle, wie mir eingewendet worden ist, eine versio in rem ohne Bereicherung angenommen. — 2. Anschaffung von Getreide ad familiam alendam L. 34 D. de N. G. (3. 5), c. 11 C. eod. (2. 29), vergl. mit L. 3 §§ 1, 3, 10, L. 10 § 7, L. 18, L. 20 D. de i. r. v. (15. 3). — 3. Ankauf nothwendiger Sachen L. 22 D. de N. G. (3. 5), vergl. mit L. 3 § 8 D. 15. 3. — 4) Reperatur eines Hauses L. 6 § 1, L. 10 D. de N. G. (3. 5), vergl. mit L. 3 § 8 cit. — 5) Ueberhaupt Abwendung eines Verlustes L. 1, L. 6 § 8, L. 3 § 9, L. 31 § 2, L. 41 D. de N. G. (3. 5), vergl. mit L. 10 § 1, L. 20, 21 D. de i. r. v. (15. 3). Im Uebrigen s. die Uebersichten der Parallelstellen bei Leist a. a. O. S. 118 ff. S. 73 ff. und S. 23 ff.

79) L. 7 § 5, L. 8, L. 9 D. 15. 3: „quatenus avus pro nepote daturus fuit“ — — „Si vero dotem daturus non fuit, in rem patris versum esse non videtur“ (vergl. l. 17 D. de Scto. Maced. (14. 6)); L. 3 § 4 D. eod. „nec deberet ex eo onerari dominus, quod ipse facturus non esset.“ § 6 eod.: „nec non illud quoque in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta forte — — neque enim spectamus, an bono domini accesserit sed an in negotium domini“; L. 7 § 3: „Si odores et unguenta servus emerit, et ad funus erogavit, quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum.“

in rem hervorgehoben, daß bei erweislicher Ersparniß (also vorzüglich bei negotiis necessariis) es auf den endlichen Erfolg nicht ankomme, da hier der Nutzen schon in der Vornahme des Geschäftes selbst liege („negotium utiliter coeptum") [80]).

Nachdem an den vorstehend ad I bis V erörterten Beispielen gezeigt worden ist, wie ein abstracter Begriff der Bereicherung überhaupt nicht aufgestellt werden kann, dieser Begriff vielmehr immer dem concreten Verhältnisse „angemessen", mit dessen individueller aequitas verwachsen ist, während wir ad V und VI gesehen haben, daß er wiederum sich in solchen Fällen quantitativ gleich bleiben kann, wo seine rechtliche Bedeutung und Structur eine ganz verschiedene ist, — dürfen wir nunmehr zu dem letzten Theile der oben (§ 2) für das römische Recht gestellten Aufgabe übergehen.

III.

Abgränzung und Charakter der Rechtsgebiete des Eigenthums, der Verträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte.

§ 11.

Es ist — wie bereits oben S. 163 f. ausgeführt worden — Zweck der nun folgenden Erörterungen, „eine Abhülfe gegen den Uebelstand zu gewähren, daß viele positive Rechtsansprüche bald in dieser bald in jener Form auf vage Billigkeitsrücksichten zurückgeführt werden". Dies soll geschehen durch Hervorhebung des systematischen Gesichts-

80) S. z. B. L. 3 §§ 8, 9, L. 17 pr. D. h. t. (15. 3), vergl. mit L. 10 § 1, L. 12 § 2, L. 22 D. de N. G. (3. 5). S. oben Anm. 74.

punkts und dadurch, daß einige der wesentlichsten Rechtsgebiete in scharfer Abgränzung sich gegenübergestellt werden, „um festzustellen, welchem derselben die Rechtsansprüche zweifelhaften Charakters zufallen".

Versuchen wir es, vorweg und ganz im Allgemeinen das jedem der hier zu besprechenden Rechtsgebiete vorzugsweise „Angemessene", seine charakteristische aequitas anzudeuten, — nach welcher sich ja auch die Richtung und der Einfluß der Bereicherung (Unschädlichkeit) überall erst bestimmen muß, — so handelt es sich im Wesentlichen darum, daß:

1) die Unverletzlichkeit des Privateigenthums anerkannt und aufrecht erhalten werden muß, soweit nicht gerechte Schonung des redlichen Besitzers oder physische Hindernisse der Verfolgung desselben eine Schranke setzen (§§ 12 bis 14);
2) daß der sich aus den Zwecken der Verträge ergebende materielle Wille der Contrahenten in allen Eventualitäten ebensogut zur Richtschnur dienen muß, als wäre er ausdrücklich ausgesprochen (§§ 15 bis 17);
3) daß bei den einseitigen Rechtsgeschäften, — unter diesem Gesichtspunkte werden die (echten) Condictionen hier behandelt, — die Verpflichtung des Handelnden nicht weiter ausgedehnt werden darf, als sie von ihm übernommen ist (§§ 18 bis 20) [81].

Noch ist, ehe wir zur Ausführung des Einzelnen übergehen, hier an dasjenige zu erinnern, was oben (S. 178 ff.) über die theilweise Unbrauchbarkeit der römischen Actio-

---

81) In dieser Beziehung kann hier einstweilen auf die obige Schilderung (s. S. 215 ff., S. 218 ff.) des einseitigen Rechtsgeschäfts der negotiorum gestio verwiesen werden.

nennamen gesagt worden ist, denn gerade hier haben wir es vorzugsweise mit solchen Benennungen zu thun, welche nur die Geeignetheit eines Anspruchs für eine bestimmte Proceßgattung bezeichneten, wie die „rei vindicatio"[82])

---

82) Vindicatio bezeichnet nicht die Klage auf Grund des Eigenthums, sondern nur im Allgemeinen einen Anspruch auf Herausgabe des Besitzes („vindiciae") (s. Wetzell, Der Vindicationsprozeß S. 5 f.), event. auf Zahlung des durch juram. in litem zu schätzenden Interesses. Der Rechtsgrund des Anspruchs kann verschieden sein. So hat z. B. der Pfandgläubiger ein vindicatio pignoris; insbesondere aber dient die Vindicationsklage (rei vindicatio utilis) auch zur Geltendmachung persönlicher Ansprüche (gegen eine im Voraus bestimmte Person). In diesem Sinne geht sie a) gegen den Verpflanzer eines fremden Baumes (l. 5 § 3 D. 6. 1) b); den Bemaler einer fremden Tafel (§ 3, 4 Inst. 2. 1, l. 9 § 2 D. 41. 1); c) gegen den Beschenkten bei Nichterfüllung der ihm als modus aufgelegten Alimentationspflicht (l. 1 C. de donat. quae sub modo (8. 55); d) auf die Brautgeschenke beim Rücktritte des beschenkten Verlobten (c. 15 C. de donat. ante nuptias (5. 3); e) gegen den Beschenkten beim Widerruf der Schenkung auf den Todesfall (l. 29 D. de mortis causa donat. (39. 6); f) auf Herausgabe des dos nach Auflösung der Ehe (l. 30 C. de J. D. (5. 12); l. 55 D. de donat. int. vir. et uxorem (24. 1) und c. unica § 5 C. de rei uxor. act.); g) steht sie zu dem Soldaten auf Herausgabe der mit seinem Gelde von seinem Geschäftsführer gekauften Sachen (c. 8 C. de rei vind. (3. 32); h) dem Mündel auf Herausgabe der mit seinem Gelde vom Vormunde gekauften Sachen (l. 2 D. quando ex facto tut. (26. 9). — S. hierüber Ihering, „Uebertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer" in diesen Jahrbüchern Bd. I S. 101 ff. und Windscheid, Die Actio des röm. Civilrechts S. 214 ff. Fastenrath, De reiv. utili (Berol. 1860). — In diesen Fällen ist — wie Ihering a. a. O. S. 123 S. 168 ff. bemerkt — die rei vindicatio utilis eben nur zur Verstärkung und Steigerung einer condictio gegeben. Diese Verstärkung und das practische Interesse der Verleihung einer rei vindicatio utilis besteht einfach darin, daß das Petitum auf Herausgabe der Sache selbst — im Falle der Contumaz mit juramentum in litem, später mit Realexecution — gerichtet werden kann, während die condictio nur auf den Geldwerth

(arbitrium de restituendo, juramentum in litem) oder sonstige Reminiscenzen an den Formularproceß enthalten, wie „condictio“ (Intentio: „dare oportere“) [83]) und

(„quanti ea rei est“) auch der noch vorhandenen Sachen ging. — Darauf deutet besonders c. 1 C. de donat., qua sub modo (8. 55): „Vindicationem utilem — — id est actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur“. — Daß die rei vindicatio utilis in den meisten der aufgezählten Fälle nur a. in personam ist, scheint unzweifelhaft; nur ist sie nicht immer Verstärkung einer condictio, sondern nur in den Fällen c bis f; in g und n dagegen Verstärkung des Anspruchs gegen den Geschäftsführer resp. Bevollmächtigten und in a und b, wo ebenfalls keine datio vorliegt, Verstärkung der a. in factum aus dem Eigenthumsrecht. — Die Vorzüge der rei vindicatio utilis vor der gewöhnlichen persönlichen Klage sind — mit einer von Jhering a. a. O. S. 170 behaupteten Ausnahme für den Fall des Concurses — mit den Eigenthümlichkeiten des Röm. Prozesses weggefallen. — Vergl. unten § 14.

83) Bekanntlich hatte die legis actio per condictionem ihren Namen von etwas ganz Aeußerlichem, der dabei vorkommenden denunciatio. Mit Bezug darauf sagt Gaius l. IV § 18: „nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam [esse, qua] intendimus dare nobis oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit“. — Diese Definition des Gaius wurde trotz des gänzlich veränderten Prozeßverfahrens in § 15 Instt. 4. 6 aufgenommen und allerdings war dies — wie auch Savigny, System Bd. V S. 588 Note a bemerkt — eine unglaubliche Gedankenlosigkeit. S. auch Puchta, Cursus der Institutionen § 165 Note hh. — Die Natur der durch condictio geltend zu machenden Klagerechte war höchst verschieden, nämlich 1) Summenversprechen (stipulatio, expensilatio), 2) baares Darlehn (c. mutui), 3) letzter Wille (legatum per damnationem), 4) einseitiges Realgeschäft, sogen. Mangel der causa (c. indebiti, sine causa etc.), 5) Verbotsgesetz (c. ob turpem, ob injustam cs.), 6) Eigenthum (c. der Früchte gegen den malae fidei poss. und in andern für den Vindicationsproceß nicht geeigneten Fällen [s. v. Savigny, System Bd. V S. 550ff.], 7) Eigenthum und Pfandrecht, sofern dem Berechtigten der Besitz wider Willen entzogen ist (c. furtiva), 8) jedes beliebige Klagerecht aus Volksschluß oder Kaisergesetz (c. ex lege), v. Savigny a. a. O. S. 543). Wird nun heutzutage

„actio in factum" (Gegensatz zu den usitata et vulgaria nomina actionum); mithin vom dogmatischen Standpunkte einen nur geringen oder gar keinen Werth haben. — Diese Bemerkung bezieht sich indessen nicht auf das Gebiet des Vertragsrechts, vielmehr ist anerkennend herzuvorheben, daß die Römische Jurisprudenz die Grenze zwischen den Contractsklagen und den außercontractlichen Condictionen mit einer noch heute mustergültigen Schärfe und Feinheit gezogen hat.

Nach dieser Vorbemerkung wenden wir uns zunächst zum

A. Gebiete des Eigenthums.

§ 12.

Die Klagen zur Geltendmachung des Eigenthums und des Erbrechts waren nach der ursprünglichen Anschauung der Römer in der Hauptsache auf einen bestimmten Anspruch beschränkt. Die rei vindicatio ging auf Herausgabe des Besitzes des ursprünglichen Eigenthumsgegenstandes; die hereditatis petitio auf Herausgabe des Besitzes der Erbschaftssachen [84]). — Geht man aber vom Begriffe des Eigenthums-

---

eine Klage als „Condiction" bezeichnet, so ist damit nur ganz im Allgemeinen gesagt, 1) daß die Klage keine Strafklage sei. — Diesen Sinn hat z. B. L. 26 D. 25. 2: „rerum amotarum actio condictio est". — 2) daß die Klage den Widerruf eines Rechtsgeschäfts und Herstellung eines frühern Zustandes bezweckt. (Näheres unten §§ 18 bis 20.) — Denn es braucht wohl kaum erwähnt zu werden, daß die soeben ad 1 bis 3 und 6 bis 8 erwähnten Fälle für das heutige Recht aus dem Gebiete der Condictionen gänzlich ausscheiden müssen. Eine selbstständige Bedeutung für das heutige Rechtssystem hat eigentlich nur der Fall ad 4 („echte Condictionen").

84) Derjenige, welcher sich im Besitze der Erbschaft befand, konnte also mit der hereditatis petitio nicht rein auf Anerkennung seines Erbrechts klagen. Diese Anerkennung konnte er

und Erbrechts als eines jus quaesitum aus, so führt ihre consequente Anerkennung viel weiter, dahin, daß das erworbene Recht durch willkürliche Handlungen Dritter überhaupt nicht geschmälert werden kann, wenigstens Niemand ein Recht hat, aus fremdem Eigenthum oder einer fremden Erbschaft ohne Bewilligung des Berechtigten irgend einen Vortheil — sei es durch Verbrauch, Genuß oder Veräußerung — zu ziehen (v. Savigny, Obl.-Recht Bd. II S. 23 Anm. e.). Nur dann hat der Berechtigte das, was ihm gebührt, wenn jeder solche Vortheil ihm herausgegeben oder vergütet worden ist.

Um nun der hereditatis petitio die durch die consequente Anerkennung des Erbrechts gebotene Ausdehnung zu geben, scheinen die römischen Juristen zu der nicht ganz correcten Theorie ihre Zuflucht genommen zu haben, daß sie den Erbschaftsbesitzer als Geschäftsführer betrachteten, welcher die pretia und fructus rerum hereditariarum für die Erbschaft erwerbe, so daß sie ihm nunmehr als Erbschaftssachen abgefordert werden konnten (s. u. A. Wetzell, Der Römische Vindicat.-Proceß S. 183 ff., Ihering, Abhandl. I S. 77 ff.; jetzt auch Witte a. a. O. S. 24 und vergl. L. 49 D. 3. 5). — Der weit richtigere Gedanke, daß für die Erbschaft als universitas die individuelle Fortdauer der einzelnen ursprünglich dazu gehörigen Gegenstände resp. der Wechsel derselben überhaupt gleichgültig sei, fand indessen in dem Scto. Juventiano (p. Ch. a. 129) gesetzlichen Ausdruck [85]) und es

---

nur indirect durch Geltendmachung des Anspruchs auf Theilung (a. famil. erciscundae) erlangen. L. 1 § 1 D. fam. ercisc. (10. 2).

85) L. 22 D. 5. 3: „Nam et in oratione D. Hadriani ita est: Dispicite Patres Conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium quod ex aliena re per-

lag die practische Bedeutung desselben darin, daß für den Umfang des Klagerechts lediglich die Natur des Rechts mit Abstreifung des formellen Unterschiedes zwischen a. in rem und in personam maßgebend wurde [86]).

Ganz denselben Schutz verlangte nun aber das Eigenthumsrecht an einzelnen Sachen. Wollte man dasselbe auf den Normalfall, daß Besitz und facultas restituendi während des Processes beim Beklagten vorhanden sind, einschränken, so wäre der Rechtsschutz in der That ein sehr precärer gewesen. — Warum sollten die commoda ex re aliena, nur wenn zufällig zugleich die Hauptsache zurückgefordert wurde oder werden konnte, herausgegeben werden? Warum der unredliche Besitzer sich den gegen ihn im weitesten Umfange begründeten Eigenthumsansprüchen durch Verbrauch, Veräußerung, Beiseiteschaffung, kurz durch Aufgeben des Besitzes entziehen können? — Selbst bei unverschuldeter Unmöglichkeit

---

ceperit reddere; quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum". Wetzell a. a. O. S. 150 f. ist der Ansicht, daß durch das Sctum. nur eine bereits gangbare Ansicht auf einen besondern Fall angewendet wurde und der Gesichtspunkt der Geschäftsführung genüge, um mit Umgehung des Scti. die Ausdehnung der hereditatis petitio auf persönliche Ansprüche zu erklären. Nach Witte a. a. O. S. 326 ff. beruht das Sctum. wieder auf „Billigkeitsrücksichten (s. ob. S. 162) und wurde erst in Folge desselben der bonae fidei possessor hereditatis in mancher Beziehung als negotiorum gestor des Erben angesehen. — Dagegen spricht schon der Wortlaut des Scti., welches jene bisher zur Abhülfe des practischen Bedürfnisses aufgestellte Theorie völlig überflüssig machte.

86) Dieser Unterschied paßte auf die hereditatis petitio der beschränkten Passivlegitimation wegen ohnehin nicht. v. Savigny, System Bd. V S. 479, v. Vangerow, Pandekten § 505 Anm. Ueber das Sctum Juventianum L. 20 § 6 D. de H. P. (5. 3), Gaius II § 57.

der Restitution durfte der bisherige Eigenthümer doch immer noch practische Anerkennung seines Rechts verlangen, wenigstens soweit dies dem Beklagten unschädlich war. — Denn freilich steht wie überhaupt, so besonders bei dem seiner Tendenz nach freilich absoluten Eigenthumsrechte, der Schutz, — die Reaction des Rechts gegen Nichtanerkennung, — im Wechselverhältnisse mit seiner Veranlassung: ist desto schwächer, je berechtigter und nothwendiger die Schranke, desto stärker, je roher und willkürlicher der Eingriff selbst ist.

Dies zeigt sich nun auch bei der Verwirklichung der Anforderungen des Eigenthumsschutzes im Römischen Rechte.

Der kräftigste Schutz wird naturgemäß — wie auch im Deutschen Rechte — dem Eigenthümer dann gewährt, wenn er den Besitz wider Willen (durch Diebstahl oder Raub) verloren hat. Kläger beweist, daß der Beklagte oder sein Erblasser das Delict begangen habe zu einer Zeit, wo Kläger oder sein Erblasser Eigenthümer war [87]); dem gegenüber kann sich Beklagter nur darauf berufen, daß Kläger inzwischen sein Eigenthumsrecht freiwillig aufgegeben oder die Sache bereits wieder erhalten oder zur Zeit ihres Unterganges in mora accipiendi gewesen [88]); alle anderen Einreden: daß er nicht mehr besitze, daß die Sache verbraucht, specificirt, durch Zufall untergegangen sei, sind ihm abgeschnitten [89]). Kläger erhält den höchsten Werth seit der Zeit des Delicts mit Einschluß des indirecten Interesses [90]) und es darf ihm auch

87) L. 7 pr. §§ 1 und 2, L. 11 D. de cond. furt. (12. 6).

88) L. 10 § 2 § 3, L. 12 pr. § 1, L. 8 pr., L. 10 pr., L. 17 D. eod.

89) L. 8 pr., L. 16, L. 20 D. eod., c. 2 C. eod. (4. 8), c. 9 C. de furtis (6. 2). — L. 13, L. 14 § 3 D. eod., L. 53 § 14 D. de furtis (47. 2).

90) L. 8 § 2 D. eod. — L. 3 eod. handelt vom Ersatz für eine dem Ei-

durch Meliorations- oder sonstige Kostenforderungen die Verfolgung seines Eigenthumsrechts nicht erschwert werden [91]).

So sehr nun aber ein solches Rechtsmittel — als Ausdruck des Princips, daß durch Delicte Dritter die Wirksamkeit des Eigenthumsrechts in keiner Weise illusorisch gemacht oder auch nur geschmälert werden könne [92]) — ein unabweisbares practisches Bedürfniß war, so wenig paßte es andrerseits der äußeren Gestaltung des Actionenrechts nach, in den Vindicationsproceß; sondern es fiel seinen Voraussetzungen nach processualisch in das Gebiet der persönlichen Klagen strengen Rechts als — condictio ex causa furtiva [93]).

---

genthümer durch den Tod des gestohlenen Sklaven entgangene Erbschaft.

91) L. 13 D. eod. — c. 1 C. de infant. expos. (8. 52).

92) Ueber die processualischen Erleichterungen, welche man dem Eigenthümer dem Diebe gegenüber zu diesem Zwecke gewährte, s. u. A. Rudorff in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft XIV S. 330, v. Savigny, System V S. 553. — Daß die condictio ex causa furtiva eine Eigenthumsklage sei, ist gleich das erste Wort des betr. Pandektentitels (L. 1 D. 13, 1: „soli domino competit") und geht am deutlichsten hervor aus Stellen wie L. 10 § 3 h. t. und aus der Bemerkung des Gaius IV § 4, daß die intentio dare oportere (also der Name condictio) eigentlich unpassend sei. S. auch § 14 J. 4. 6, L. 1 § 1, L. 2 D. de cond. tritic. (13. 3). Die Klage war nicht einmal vorzugsweise auf den Fall des Unterganges berechnet, wie aus L. 3 § 1. 2 h. t.: „petit rem ipsam, habet rei persecutionem" hervorzugehen scheint (s. ob. S. 198 § 7 b). — Ueber die der cond. furtiva entsprechende Klage des Deutschen Rechts, wie sich dieselbe noch in a. 207 bis 214 der Peinl. Halsgerichtsordnung und im Lübischen Recht findet, auch in das Preußische Landrecht §§ 184, 186 T. 7, §§ 34. 37 T. 15 Th. I. übergegangen ist, vergl. die interessanten Mittheilungen von Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857 §§ 16 ff. § 38 bis 41. Es versteht sich, daß Delbrück (S. 338) die cond. furtiva unter den Eigenthumsklagen aufführt.

93) Die condictio ex causa furtiva gehört also zu den Condic-

Berief sich Kläger nicht gerade auf den Besitzverlust wider Willen, vielmehr darauf, daß Beklagter sich seinem Anspruche wissentlich zu entziehen gesucht habe (alienatio judicii mutandi causa — L. 8 § 1, 2 D. 4. 7), so hatte er unter dem Namen „actio in factum" einen Anspruch auf das Interesse [94]); dann gab man ihm weiter gehend in integrum restitutio gegen die Veräußerung und folgeweise je nach Wahl neben der Entschädigung die in rem actio (d. h. die Klage im Vindicationsproceß) gegen den Veräußerer [95]).

---

tionen aus dem Eigenthumsrechte (von den übrigen species derselben ist im Texte weiter unten die Rede) im Gegensatze zu den echten Condictionen (wegen Mangels der causa: §§ 18 bis 20). Nicht zu verwechseln sind hier mit dem Klagegrunde (Eigenthum) a) die Veranlassung zur Klage „causa furtiva" L. 10 § 2 D. de compens. (16. 2), v. Savigny, System Bd. V S. 557. — b) der Gegenstand des Anspruchs, Besitz resp. Bereicherung des Beklagten im weitesten Umfange möglichst zu Gunsten des Klägers geschätzt und ebenso auch gegen die Erben L. 7 § 2 L. 9 D. h. t. — Zur Erklärung des Umstandes, daß es gegen diejenigen Theilnehmer an dem Delicte, welche nichts in die Hand bekommen haben, auch nichts zu persequiren giebt L. 3 D. 13. 1; L. 52 § 2 D. de R. J. (50. 27), ist es doch nicht nöthig, das Fundament der Klage in der grundlosen Bereicherung zu finden, wie v. Savigny a. a. O. S. 556, 558 und v. Vangerow, Leitfaden Bd. III § 679 Anm. 1 thun. Witte a. a. O. S. 324 will die c. furtiva wieder als Delictklage angesehen wissen in Folge einer offenbaren Verwechselung von Klagegrund und Veranlassung. Der vom Kläger zu liefernde Eigenthumsbeweis scheint hier als nebensächlich gar keine Rolle zu spielen! — Die zur Erklärung der lex 15 D. h. t. dienen sollende Bemerkung von v. Vangerow a. a. O., daß die grundlose Bereicherung ein contractähnliches Verhältniß sei, ist, wie es scheint, Nachklang einer gewissen veralteten Theorie über die sogen. Quasicontracte (consensus fictus! — Vergl. § 18).

94) L. 1 pr. L. 3 § 4, L. 4 § 5 D. 4. 7. Daß die Klage eine Eigenthumsklage, geht hervor aus L. 4 § 6 L. 7 D. eod.

95) L. 3 § 4 D. eod. c. 1 C. de alient. jud. mut. cs. (2. 55): „Quum in rem actionem possessio pariat adversario, alienatione

Als dann im Gebiete des Erbrechts durch das Sctum. Juventianum der Rechtssatz anerkannt wurde: „Eos qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent“ L. 20 § 6 D. de H. P. (5. 3), glaubte man auch bei der specialis in rem actio der Form der Restitution entbehren zu können. Es erschien durchaus gerechtfertigt, den frühern malae fidei possessor, der sich selbst die facultas restituendi entzogen, ohne Weiteres dem juramentum in litem zu unterwerfen, zumal zu einer Zeit, wo auch dem wirklichen Besitzer gegenüber nur ein Recht auf Abfindung, keine Naturalexecution stattfand. So wurde also gegen den dolosen Nichtbesitzer, wiewohl dieser als Nichtbesitzer eben nur persönlich haftet, die rei vindicatio gegeben, bloß deshalb, weil der Vindicationsproceß seinem äußeren Erfolge, der condemnatio nach, auch zur Verfolgung dieses persönlichen Anspruchs passend erschien [96].

---

etiam judicii mutandi causa celebrata in integrum restitutio permittatur, intelligis, si rem ne secum ageretur, qui possidebat venumdedit et emtori tradidit, quem elegeris conveniendi tibi tributam esse jure facultatem. — S. v. Savigny, Bd. VII S. 104 S. 212.

96) L. 27 D. 6. 1: „Cum enim in hereditatis petitionem, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum, per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.“ — Dagegen eignete sich der Anspruch gegen die Erben des sogen. fictus possessor, wiewohl ebenfalls ein Eigenthumsanspruch, nicht zum Vindicationsproceß, woher die Klage den Namen ändert, L. 52 D. 6. 1: „in rem actionem suscipere cogendi non sunt sed in factum actio adversus eos reddi debebit, per quam restituere cogentur, quanto locupletiores ex ea re facti fuerunt“. — Die (wie es scheint, herrschende) Ansicht, daß die Klage des Eigenthümers gegen den, qui dolo desiit possidere, auf einer obligatio

3) Hieran schließt sich dem Umfange des Anspruchs nach zunächst der Fall der (eine Art Expropriation herbeiführenden) Veräußerung einer fremden Sache durch den Fiskus (§ 14 Instt. 2. 6; c. 2 pr. c. 3 C. de quadriennii praes. (7. 37). Der dem Eigenthümer verbleibende persönliche Anspruch soll nach c. 3 cit. durch a. in rem geltend gemacht werden, was nur den Sinn haben kann, es solle nach den Grundsätzen des frühern Vindicationsprocesses auf vollständige Entschädigung erkannt werden.

§ 13.

4) War nun schon die Eigenthumsverfolgung gegenüber dem bloßen malae fidei possessor in mancher Hinsicht weniger strenge als gegen den Dieb (L. 21 D. 6. 1. L. 20 § 21 L. 40 pr. D. 5. 3 und v. Vangerow a. a. O. Bd. I S. 741), so wird dieselbe dem redlichen Besitzer gegenüber geradezu auf das Maß der Unschädlichkeit zurückgeführt; andererseits aber innerhalb dieser Grenze im Vindicationsproceß nicht das bloße restituere durchgesetzt, sondern je nach Bedürfniß auch eine obligatio dandi aus dem Eigenthumsrechte hergeleitet, beziehlich das nicht mehr vor-

ex delictio beruhe (v. Savigny a. a. O. V S. 54 und neuerdings Mommsen, Beiträge II S. 160, Windscheid, Die Actio an mehreren Stellen) ist doch wieder nur eine Verwechselung der Veranlassung mit dem Klagegrunde. Aufgabe des Besitzes einer fremden Sache ist an sich keineswegs Delict, sondern nur als beabsichtigte Erschwerung der Eigenthumsverfolgung Veranlassung eines Anspruchs, durch welchen der Erfolg des gegen das Eigenthumsrecht gerichteten dolus vereitelt wird. L. 131 L. 157 § 1 D. de R. J. (50. 17).

handene Eigenthum als noch fortwirkend anerkannt. — Hierher gehört

a) die Verpflichtung des Besitzers, im Falle er nach der Litiscontestation ohne seine Schuld in die Unmöglichkeit zu restituiren versetzt wird, also z. B. bei einer Veräußerung ex necessitate (wenn die Sache dem Verderben ausgesetzt ist oder expropriirt wird), so viel herauszugeben, als er dafür erhalten hat (L. 15 § 12 D. de R. V. (6. 1). — Durch casuellen Untergang wird er ganz befreit, außer insofern seine mora Schuld ist, daß der casus den Kläger trifft L. 17 § 1 D. eod. [97]), L. 12 § 4 D. ad exhib. (10. 4), L. 40 D. de H. P. (5. 3);

b) die Verpflichtung, das während des Processes usucapirte Eigenthum auf den Kläger zurückzuübertragen L. 18, 20, 21 D. 6. 1 — L. 2 § 1 D. pro emtore (41. 4). Vergl. Göschen, Vorles. I S. 480 und

c) die bis zur Litiscontestation erworbenen und noch vorhandenen Früchte herauszugeben. — Zum Ersatz der consumirten Früchte kann der gutgläubige Besitzer nicht verpflichtet werden; er würde an seinem eigenen Vermögen Schaden leiden, wenn er bezahlen müßte, was er eben nur deshalb verbraucht hat, weil er sich keiner Pflicht zur Herausgabe bewußt war (vergl. ob. § 8 N. I ob. S. 207 f.).

5) Der Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe der Früchte ist natürlich an sich immer ein rein persön-

97) Hier wird das Princip ausgesprochen in den Worten: „Lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet."

licher, gerichtet gegen den schon vor der Litiscontestation bestimmten Beklagten, gegründet auf das Eigenthumsrecht an der Hauptsache, also auch dadurch, daß der Beklagte selbst Eigenthümer der Früchte geworden ist, nicht ausgeschlossen; gleichgültig übrigens, ob die Geltendmachung (a) durch rei vindicatio (L. 17 § 1, L. 33 L. 79 D. 6. 1) oder (b) actio negatoria (L. 5 § 6 D. 7. 6; L. 4 § 2 D. 8. 5) oder (c) condictio [98]) erfolgt L. 4 § 2 D. 10. 1; L. 22 § 2 D. 13. 7; L. 18 D. 44. 1; L. 55 D. 12. 6; L. 4 § 1 D. 12. 1; L. 62 D. 6. 1; c. 3 C. 4. 9, s. v. Savigny a. a. O. Bd. V S. 524 N. 6). — Ob zugleich das Eigenthumsrecht an der Hauptsache geltend gemacht wird, ist Zufall, wie denn in den soeben angeführten Stellen von einer Restitution der Hauptsache überhaupt nicht die Rede ist, theils weil dieselbe nicht mehr existirt (a), theils weil sie im Besitze des Klägers verblieben (b), beziehlich bereits restituirt ist (c).

6) Verwandt ist der Anspruch gegen den früheren redlichen Besitzer, welcher, wenn die Sache selbst nicht mehr vindicirt werden kann, den bei Veräußerung derselben erhaltenen Kaufpreis herausgeben muß [99]). Die entspre-

98) Auch dies ist keine (echte) Condictio im materiellen Sinne, von welcher nur die Rede sein kann, wenn Beklagter die Gelegenheit zum Fruchterwerb (den Besitz) unmittelbar durch den Kläger erhalten hat, wie in L. 4 § 1 D. 12. 1. — Vergl. § 19 f.

99) L. 17 pr. D. 6. 1; L. 23 D. 12. 1: „posse te mihi pretium condicere, quasi ex re tua locupletior factus sim". In den Worten „ex re tua" ist der Klagegrund angegeben. Kläger war Eigenthümer und als solcher allein befugt, die Sache zu verkaufen und sich bezahlen zu lassen (vergl. L. 22 D. 5. 3 und oben § 6 S. 189 f. N. 34). — Unbegreiflich ist, wie Ihering, Abhandl. I S. 80 sagen

chende Ausdehnung der Erbschaftsklage durch das Sctum. Juventianum [„Item placere a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere. — Eos qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent"] hatte allerdings auch formell keine Schwierigkeit, insofern sich diese persönliche Verpflichtung zur Herausgabe des Kaufpreises ebenfalls als ein restituere bezeichnen ließ: „quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum") (L. 22 D. 5. 3). — Die actio in rem specialis ließ sich aber auf diesen Anspruch nicht so ohne Weiteres wie die hereditatis petitio ausdehnen; derselbe mußte vielmehr äußerlich als condictio auftreten, mochte auch die Gedankenform, daß Beklagter die Gelegenheit zur Erlangung des gezogenen Vortheils dem Kläger verdanke (L. 26 § 12: „et interdum licet aliud praestemus rel. .... L. 45 § 8 D. 12. 6) noch so fern liegen [100]).

---

konnte, „die Begründung der Klage durch Julian in den Worten „quasi ex re tua" sei so gut wie gar keine, mit einem solchen quasi könne man alle Klagen und Rechtsbegriffe über den Haufen werfen" (!!). — Die mit quasi eingeführten Thatsachen liegen ja wirklich vor und schon daraus ergiebt sich, daß dies Wort hier weiter nichts bedeutet als „weil", „unter Berufung darauf, daß", wie es in der analogen l. 30 pr. D. 19. 1 und auch sonst so häufig in den Quellen vorkommt.

100) Africanus hilft sich deshalb in L. 49 D. de N. G. (3.

Dieses doch ziemlich einfachen Zusammenhanges ungeachtet ist indessen der Klagegrund bisher durchgängig über dem Namen condictio vergessen worden. So zählt — um nur einige Beispiele anzuführen — Göschen, Vorles. III S. 677 diesen Fall zu den variis causarum figuris. Sell, Versuche I S. 101 führt ihn auf den Grundsatz zurück, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern dürfe; ebenso v. Vangerow, Leitfaden III S. 389. Ihering, Abhand. I S. 78 f. meint: die Bestimmung, daß der Eigenthümer den früheren Besitzer der Sache auf den Preis in Anspruch nehmen könne, den derselbe durch den Verkauf der Sache gewonnen habe, sei durchaus singulär und als eine durch das Billigkeitsgefühl der römischen Juristen hervorgerufene Anomalie anzusehen. — v. Savigny, System Bd. V S. 525 Anm. d vergleicht zutreffend die condictio des Kaufpreises mit dem Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe der Früchte und bezeichnet beide als auf einseitiger Willkür des Bereicherten beruhende condictio sine causa. Mit dem „Beruhen" ist hier wieder nur die Veranlassung der Klage bezeichnet; die Frage, welches Recht durch jene „einseitige Willkür" verletzt wird, bleibt unbeantwortet. Sie erledigt sich aus Julian's klaren Worten in der l. 23 D. 12. 1: Du kannst klagen, weil ich aus deinem Eigenthum (Grund) mich bereichert habe (Veranlassung des Anspruchs).

In den soeben angeführten unbefriedigenden Ansichten der Schriftsteller zeigt sich der bereits oben (§ 4. § 11) angedeutete

---

5) dadurch, daß er eine Geschäftsführung für den Eigenthümer annimmt. Ihrer rechtlichen Natur nach ist diese condictio durchaus gleichstehend der a. in factum aus L. 52 D. de R. V. (6, 1). Oben Anm. 96.

verdunkelnde Einfluß der römischen Terminologie. Eigenthümlich ist dabei, daß man die res selbst von dem jus dominii oder proprietatis jetzt wohl zu unterscheiden weiß (Arndts, Pandekten § 126 Anm. 1), doch aber sich nicht dazu verstehen will, die Ansprüche aus dem Eigenthumsrechte, welche noch übrigbleiben, nachdem die res selbst (gänzlich oder ihrer Selbstständigkeit nach) untergegangen, als solche anzuerkennen.

§ 14.

Für die nunmehr zu betrachtenden Fälle, in welchen der Naturalrestitution ein physisches Hinderniß entgegentritt, gilt als Regel, daß von einer Contumaz des Beklagten dem Restitutionsbefehle gegenüber, mithin auch von Anwendung des Vindicationsprocesses nicht die Rede sein kann [101]). Soweit also ein wirkliches impedimentum naturale auf Seiten des Beklagten anerkannt wurde, bedurfte der Eigenthümer einer andern Klageform. Sowenig aber jemals bezweifelt werden konnte, daß der eventuelle Anspruch des Eigenthümers (Vindicanten) auf Leistung der litis aestimatio, — welcher ja zur classischen Zeit sogar der einzig erzwingbare war, — ein Eigenthumsanspruch sei [102]), ebenso gewiß konnte auch bei den mit Rück-

101) Ueber den Zweck des juramenti in litem, dem arbitrio de restituendo Nachdruck zu verschaffen, s. u. A. v. Savigny a. a. O. Bd. V S. 123, Mommsen, Beiträge II S. 261 Note 8. Ihering in diesen Jahrb. Bd. I S. 168 ff.

102) Nach der Auffassung der Römischen Juristen geht hier das Eigenthum Zug um Zug mit Leistung der litis aestimatio über. L. 46. 47 D. de R. V. (6. 1) L. 1 L. 3 D. pro emt. (41. 4) und L. 22 pr. D. de a. rer. amot. (25. 2): „qui litis aestimationem sufferts emtoris loco habendus est“; L. 9 ibid., wo Paullus zur Rechtfertigung des juramentum in litem bemerkt: „non enim aequum est,

sicht auf die dem Beklagten mangelnde facultas restituendi mehr eingeschränkten Abfindungsansprüchen des Eigenthümers kein anderer Rechtsgrund als das Eigenthumsrecht gedacht werden. Wie im ersten Falle eine Expropriation des Klägers durch Leistung der Abfindungssumme aus processualischen Gründen zugelassen werden mußte, so ist in den Fällen der Accession, Specification u. s. f. der Eigenthumsübergang erst die practische Folge des Umstandes, daß aus physischen Gründen die Wirkung des bisherigen Eigenthumsrechts auf einen Abfindungsanspruch beschränkt werden muß. — Der oft gebrauchte Ausdruck: „der Verlust des Eigenthums sei der Grund der Obligation“ (s. z. B. Ihering in diesen Jahrbüchern Bd. I S. 74) ist hiernach dahin zu verstehen, daß die erwähnten Thatsachen die äußeren Veranlassungen zum Verluste des Eigenthums und zugleich dazu sind, daß auf Grund des bisherigen Eigenthumsrechts ein Abfindungsanspruch von gewissem Umfange geltend gemacht werden kann; — ähnlich wie nach Aufhebung eines Vertragsverhältnisses auf Grund desselben (z. B. a. pro socio, mandati u. dgl.) Ansprüche geltend gemacht werden können, welche gerade durch die Art seiner Aufhebung veranlaßt worden sind.

---

invitum suo pretio res suas vendere“. — Streitig, ob die Leistung der litis aestimatio auch zu Gunsten des sogen. fictus possessor als Kauf galt? S. v. Vangerow, Leitf. § 332 Anm. III. — Pomponius versagt in L. 70 D. de R. V. (6. 1) die actio Publiciana: „ne in potestate cujusque sit, per rapinam ab invito domino rem injusto pretio comparare“. — Man wollte also den dolosen Nichtbesitzer durch sein eigenes Interesse nöthigen, die Sache herbeizuschaffen und herauszugeben, da er durch die Leistung der Litisästimation nichts gewinnen konnte. Dagegen sieht Paullus in L. 46 eod. die Annahme der Litisästimatio als Vergleich und vollständige Abfindung an: „transsegisse enim cum eo et decidisse videbitur eo pretio, quod ipse constituit“.

Daß jene Abfindungsansprüche je nach Umständen verschieden sind und wie im Zusammenhange hiermit der Name der Klage wechselt, wird sich nunmehr im Einzelnen ergeben. Was

7) die Accession[103]) betrifft, so hat a) im Falle der avulsio der Eigenthümer des losgerissenen Landes, wenn es festgewachsen ist und deshalb nicht mehr vindicirt werden kann, einen Anspruch (condictio) auf Entschädigung (L. 4 § 2 D. 12. 1)[104]); b) im Falle der inaedificatio bleibt dem Eigenthümer des Materials ein Abfindungsanspruch (a. de tigno juncto) und auch der Anspruch auf Herausgabe (vindicatio) ruht nur

---

103) Den Eigenthumserwerb durch Accession erklärt Wächter (in Weiske's Rechtslexicon I S. 11 s. v. accessio) dadurch, daß die Nebensache nothwendig unter die Rechtsverhältnisse der Hauptsache zu stehen kommen müsse; also müsse auch der Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum an der Nebensache erwerben. Worin liegt jene Nothwendigkeit? — Darin, daß das Recht des Eigenthümers an der Hauptsache auf unbeschränkte Disposition materiell überwiegt, er also in dem vorliegenden Collisionsfalle berechtigt sein muß, den Andern abzufinden. Erst hieraus folgt per indirectum der Eigenthumserwerb. Dies ist es, was in L. 50 D. ad lg. Aquil. (9. 2) bezeichnet wird als das „naturale jus, quo superficies ad dominum soli pertinet".

104) Vergl. L. 7 § 2 D. 41. 1; § 21 J. II 1. v. Vangerow, Leitf. III S. 389 und besonders Sell, Versuche I S. 97, welcher irrig annimmt, daß die condictio zunächst auf Herausgabe des abgerissenen Landes ging. Wächter a. a. O. S. 22 und v. Holzschuher, Theorie Bd. II S. 117 statuiren überhaupt keine Entschädigungsklage; ersterer weil der für dieselbe angeführte Grundsatz: neminem cum alterius detrimento locupletiorem fieri debere überhaupt nicht die allgemeine Bedeutung habe, die ihm von Sell u. A. beigelegt werde, vielmehr immer noch ein die Ersatzpflicht motivirender besonderer Grund hinzukommen müsse. Das ist richtig, auch fehlt es im vorliegenden Falle nicht an einem solchen Grunde; er ist — das Eigenthumsrecht.

bis zur Wiedertrennung [105]). — Hat indessen der Beklagte wissentlich mit fremdem Material auf eigenem Grund und Boden gebaut, so kann er keine Schonung beanspruchen, sondern wird so behandelt, als hätte er noch die facultas restituendi (a. ad exhibendum mit jurament. in litem) [106]). Hat der Besitzer des fremden Bodens darauf mit eigenem Material gebaut, so fällt dies unter den Begriff der Impensen und eine Klage des Materialeigenthümers ist ausgeschlossen (L. 33 D. 12. 6). Gegenstand des richterlichen Ermessens ist dagegen, wie sich am angemessensten die Unverletzlichkeit des Eigenthums beider Parteien, welches hier im Gemenge liegt, wahren läßt, wo-

---

105) L. 26 § 7, L. 39 pr., L. 59 D. 6. 1; L. 2 L. 28 D. 41. 1; L. 2 D. 43. 18; L. 50 D. 9. 2; c. 2, c. 6 C. 3. 32; c. 5 C. 8. 10. S. auch L. 98 § 8 D. 46. 3 in f.: „Denique lex XII tabularum tignum aedibus junctum vindicari posse scivit, sed interim id solvi prohibuit, pretiumque ejus dari voluit", Göschen, Vorles. II S. 152 f., v. Vangerow, Leitf. § 300 Anm. § 329 Anm. 1. Gegen den, der bona fide auf seinem eigenen Grund und Boden gebaut, hat der Materialeigenthümer nur einen Abfindungsanspruch ohne juram. in litem. Dig. Lib. 47 tit. 3; L. 7 § 10 D. 6. 1; § 29 J. II 1; Gaius II § 73. — Es braucht kaum gesagt zu werden, daß die a. de tigno juncto ein Anspruch aus dem Eigenthumsrechte ist, da sie an Stelle der Vindication tritt und auch diese Beschränkung wieder wegfallen kann, Arndts, Pand. § 152 N. 4 f. [Ausnahme, wenn die Baumaterialien Gegenstand einer verbotenen Schenkung sind L. 63, L. 45 D. 24. 1; L. 43 § 1 D. de leg. I (30), v. Savigny, Syst. IV S. 176. — Bewegliche Gebäude L. 60 D. 41. 1.]

106) L. 23 § 6 D. 6. 1; L. 1 § 2 D. 47. 3. — Ist mit der a. de tigno juncto geklagt, so findet später, wenn der Bauende durch eine Trennung wieder verus possessor geworden ist, noch die rei vind. statt L. 2 D. 47. 3 (vergl. L. 63 D. 24. 1). S. auch Wächter a. a. O. S. 25 ff. N. 62 und 67. v. Holzschuher, Theorie II S. 76.

bei sich ergiebt, daß beiderseits ein Recht auf Gewinn nicht vorliegt: „Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fidei possessore facti — — exceptione doli opposita per officium judicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant; etenim admissa compensatione superfluum sumtum meliore praedio facto dominus restituere cogitur“ (L. 48 D. 6. 1. Papinian.); — und die Frage, welche Verwendungen als dem Grundeigenthümer erspart zu betrachten sind, nur mit Rücksicht auf dessen Vermögensverhältnisse richtig beantwortet werden kann [107]); andererseits aber das obige Princip selbst zu Gunsten des unredlichen Besitzers aufrecht erhalten werden muß: „Non

---

107) L. 38 D. 6. 1: In fundo alieno, quem imprudens emeras si aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur, bonus judex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse; reddet impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, cui si reddere id cogatur laris sepulcrisque avitis carendum sit; sufficiet tibi permitti, tollere ex his rebus, quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut si paratus sit dominus tantum dare, quantum habiturus esset possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas. Neque malitiis indulgendum est etc. — Hiernach sind näher zu bestimmen § 30 J. II 1 und l. 7 § 12 D. 41. 1. S. auch L. 14 D. 44. 4 und Erxleben, Die Condictionen I S. 9 f. — In dem wissentlichen Bauen auf fremdem Boden wurde ein freiwilliges Aufgeben des Materialeigenthums gefunden L. 7 § 12 cit. (noch schärfer ausgedrückt in § 30 J. II 1); eine Vermuthung, welche indessen widerlegt werden konnte (c. 2 C. 3. 32), so daß dann wieder die Gerechtigkeit (aequitas) gebot, dem Materialeigenthümer die Wegnahme zu gestatten L. 37 D. 6. 1.

enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere et id ipsum officio judicis continebitur rei." (L. 38 D. 5. 3. Paullus). — c) Für den Eigenthümer von Samen und Pflanzen geht dadurch, daß sie in fremdem Boden festwurzeln und aus demselben Nahrung ziehen, zwar der Anspruch auf Herausgabe verloren und findet folglich ein Eigenthumswechsel statt: „commutatur dominium" [108]); es bleibt ihm aber ein Abfindungsanspruch auf Grund des bisherigen Eigenthums, wobei das erwähnte Princip wiederum durchgreift. Wenngleich hierbei im Allgemeinen das materielle Uebergewicht des Grundeigenthums dahin führen mag, daß der pflanzende Grundeigenthümer nur nach Maßgabe der Unschädlichkeit belangt werden kann [109]). so wird doch unter Umständen, sei es wegen mala fides des Grundeigenthümers, sei es wegen thatsächlicher Möglichkeit der Restitution [110]) die Gerechtigkeit mehr für

---

108) Die römischen Juristen drücken sich umschreibend aus § 31 J. II 1; L. 7 § ult. Dig. 41. 1: „Ratio non permittit, ut alterius arbor intelligatur, quam cujus in fundo radices egisset." L. 26 § 2 D. eod.: „Credibile est, alio terrae alimento aliam factam."

109) S. Wächter a. a. O. S. 24; auch Hiersemenzel, Vergl. Uebersicht des heutigen Röm., Preuß. und Gem. Privatrechts II S. 220 und die dort citt. Schriftsteller.

110) L. 5 § 3 D. 6. 1: „De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices emisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant, nam si nondum coaluit, mea esse non desinit" und dazu ob. S. 230 N. 82; Fastenrath, Diss. de reivind. utili. Berol. 1860 S. 14 bis 18. — Windscheid, Die Actio S. 215 hält es für unzweifelhaft, daß hier die rei vind. dem Nichteigenthümer zur Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs gegeben sei; der Verlust des Eigenthums folge daraus, daß der Baum nach dem Zusammenwachsen nur noch als Theil des Grundstücks existire arg. L. 2 § D. de damn. inf. (39. 2). — Genauer so:

vollständige Schadloshaltung des Verlierenden sein (rei vindicatio utilis mit juramentum in litem). — Hat der Besitzer des fremden Bodens selbst sein Eigenthum darauf verpflanzt, so ist Vindicant nicht berechtigt, hieraus Vortheil zu ziehen: „Eum qui bona fide hoc fecerit, per doli mali exceptionem contra vindicantem dominum servare sumtus juris auctoritate significatum est.“ c. 11 C. de R. V. (3. 32)[111]). — d) Bei unauflöslicher Verbindung beweglicher Sachen[112]) (adjunctio) überwiegt das Recht des Eigenthümers der Hauptsache: „per praevalentiam alienam rem trahit“. Er allein kann intendiren „rem suam esse“, d. h. er kann im Vindicationsprocesse auf Herausgabe klagen. Das bisherige

---

der bisherige Eigenthümer kann allerdings nach dem römischen Begriff von dominium [Identifizirung des Rechts mit der Disposition über die Sache, res: Arndts, Pand. § 126 Anm. 1] nur noch mit Hilfe einer Fiction intendiren, „rem suam esse“; der fortwirkende Grund des Abfindungsanspruchs ist aber sein Eigenthumsrecht, während der Umfang desselben durch die Zulassung zum Vindicationsprocesse bestimmt ist.— Wächter a. a. O. S. 23 Anm. 45 hält die lex 5 § 3 ohne Grund für ein historisches Referat. Vergl. noch Ihering in diesen Jahrb. Bd. I S. 141 und dazu Fastenrath l. c. S. 62.

111) S. auch § 32 Instt. II 1, Gaius II § 76; L. 9 pr. D. 41. 1; L. 38 D. 6. 1) [Anm. 27] und Wächter a. a. O. S. 25. Viele wollten in diesem Falle dem Eigenthümer des Samens und der Pflanzen eine actio in factum oder eine a. neg. gestor. utilis auf Ersatz geben. S. z. B. Sell, Versuche I S. 93 f. Die u. A. von Thibaut, Pand. § 741 und Glück, Comm. II S. 152 hierfür behauptete allg. Praxis wird von Wächter R. 54 bezweifelt.

112) Z. B. beim Anfügen eines Gliedes an eine Statue (L. 23 § 2 § 5 D. 6. 1), Färben von Zeugen mit Purpur (L. 26 § 3 D. 41. 1). — Die Verbindung ist oft zugleich Specification, wie Verarbeitung von Material zu einem Schiffe und dergl. L. 26 cit. pr. § 1 — (s. unten S. 254 Nr. 9).

Eigenthumsrecht an der Nebensache kann nur noch geltend gemacht werden zum Zwecke der Abfindung und zwar, wenn der Eigenthümer der Hauptsache in bona fide war nach Maßgabe der Unschädlichkeit (L. 23 § 4 D. 6. 1: exceptio doli resp. (§ 5 ib.) a. in factum); war er in mala fide, — indem er z. B. die Nebensache entwendet hatte, — so ging der Anspruch auf vollständige Entschädigung (aber nicht im Vindicationsprocesse [113])).

Hier ergiebt sich zunächst der bekannte Gegensatz zwischen Schrift und Gemälde, insofern die Buchstaben auf den membranis nur wie Pflanzen auf fremdem Grund und Boden stehen, woher „quod in mea charta scriptum est, meum est“ [114]), wogegen die bemalte tabula aufhört, tabula zu sein und pictura wird. Daher kann zwar nur der Maler sagen: eam rem suam esse und die Klage auf Herausgabe (r. vindicatio) anstellen. Die Gerechtigkeit verlangt aber um so mehr einen Schutz des Materialeigenthümers, als das Object seines Rechts noch unversehrt vorhanden ist; woher ihm eine Klage auf Ueberlassung des Gemäldes gegen einen von ihm anzubietenden Preis (rei

---

113) § 26 Instt. II 1: „Extinctae res vindicari non possunt, condici tamen a furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt“ (aus Gaius, Instt. II § 79). Die Worte „a quibusdam aliis possessoribus“ bedeuten nach v. Savigny, Syst. Bd. V S. 523 f., daß gegen den bonae fidei possessor die condictio sine causa wegen Bereicherung (!) stattfinde. Der passende Ausdruck ist: die condictio aus dem Eigenthumsrecht nach Maßgabe der Bereicherung.

114) S. § 33 Instt. II 1; L. 9 § 1 D. 41. 1; L. 3 § 14 D. 10. 4. Der Schreiber hat als bonae fidei possessor des Materials die exceptio doli wegen der impensae scripturae. Das jus tollendi wird hier in der Regel unpractisch sein.

vind. utilis) gegeben ist, so daß der Maler die Wahl hat, ob er das Gemälde unter der gestellten Bedingung verkaufen oder sich in das Interesse (mit juram. in litem) verurtheilen lassen will [115].

8) Wenn Sachen (d. h. Quantitäten) verschiedener Eigenthümer zufällig, oder zwar absichtlich, aber ohne Uebereinkunft und andererseits ohne Specification zusammengegossen, geschmolzen oder gemischt sind (confusio, commixtio), so muß an Stelle des Anspruchs auf Herausgabe der ihrer Identität nach nicht mehr nachweisbaren speciellen Gegenstände (Geldstücke, Getreidekörner) [116] der Anspruch auf Her-

---

115) Vergl. Windscheid, Die Actio S. 215 (ob. Anm. 82), welcher für diesen Fall sowie in Betreff des Baumeigenthümers bemerkt: spätere Juristen hätten sich in Fällen dieser Art statt der rei vind. utilis direct durch Annahme einer a. in factum geholfen. Der Zweck der Klage im Vindicationsprocesse ist hierbei ganz übersehen. Nur soviel mag richtig sein, daß der Restitutionsbefehl bei der rei vind. utilis fortfiel und daß die Bezeichnung als rei vind. utilis den Sinne hatte, daß es hier auf Naturalexecution gar nicht abgesehen war (s. ob. Anm. 82). — Daß Kläger sein Eigenthum beweisen müsse, bemerkt richtig Jhering, in diesen Jahrbüchern I S. 174, glaubt aber, daß sich der Kläger diesen Beweis durch Anstellung einer a. Publiciana ersparen konnte. — Mit dem Text stimmen im Ganzen überein Jhering a. a. O. S. 140 f. und Fastenrath, Diss. de rei vind. util. (1860) S. 18 bis 22. S. 62. — Analog dem besprochenen Falle ist zu denken, L. 29 § 1 L. 30 D. de don. i. vir. et ux. (24. 1): „Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta, Labeo ait, utilem tamen viro competere“; d. h. die Frau hat die Wahl, dem Mann die Kleider für einen angebotenen Preis zu überlassen, oder ihn vollständig zu entschädigen, wodurch sich das Bedenken von Jhering a. a. O. S. 137 erledigt. S. Fastenrath l. c. S. 40 f. S. 62.

116) Nicht hierher gehört die Vermengung von Viehheerden L. 23 § 5 cit.; ebensowenig die Specification L. 5 § 1 D. 6. 1 (s. Nr. 9 im Text).

ausgabe einer nach Quantität und Qualität entsprechenden Quote treten, als das einzige Mittel, die Unverletzlichkeit des Eigenthumsrechts unter diesen Umständen aufrecht zu erhalten („Arbitrio judicis continetur, ut aestimet, quale cujusque frumentum fuerit" § 28 Instt. II 1). — Wenn der Anspruch hier bald mit actio communi dividundo, bald mit actio ad exhibendum, mit der rei vindicatio oder bei Vermischung von Geld mit einer condictio geltend gemacht wird [117]), so sind dies nur Verschiedenheiten des Proceßverfahrens und der Ansprüche (petitio); das materielle Klagerecht ist immer dasselbe: das Eigenthumsrecht.

117) Es soll nämlich nach §§ 27, 28 Instt. II 1 bei der confusio die a. communi dividundo, bei der commixtio die a. in rem anwendbar sein, „quia singula corpora in sua substantia durant". — Vergl. L. 3 § 2, L. 3 D. 6. 1: „Erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habemus". — „Quo quidem casu etiam communi dividundo agi poterit. Sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit; ita ut in ad exhib. actione pretii ratio haberi debeat, in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cujus argentum pretiosius fuerat." S. auch L. 5 pr. § 1 eod.; L. 7 § 9, L. 12 § 1 D. 41. 1. — Bei diesen Klagen braucht die Identität nur in Ansehung der ganzen massa nachgewiesen zu werden. — Handelte es sich um Geld, so kam man mit dem Anspruch auf „quanti ea res est" (condictio) gerade ebensoweit, wie mit dem auf „quantum paret in illo acervo suum cujusque esse" (vindicatio), L. 5 pr. citt., L. 29 D. 12. 6, L. 18 pr. 12. 1. Hat ein Dritter das Geld ohne Willen des Eigenthümers ausgegeben, so ist diesem die Regreßklage ex delicto gegen den Dritten, welche schlimmsten Falls auf Abtretung der condictio geht, noch vortheilhafter L. 78 D. 46. 3. — Ueberhaupt aber ist in allen diesen Fällen die Eigenthumsverfolgung dem Besitzer unschädlich, außer wenn er in dolo ist [rei vind. und a. ad exhibend. L. 4 citt. L. 11 § 12 D. 12. 1 § 2 Instt. II 8], weil es hier zum jur. in litem kommen kann.

9) Der Specificant wurde von jeher als Eigenthümer der neuen Species betrachtet, wenn er bei der Verarbeitung des eigenen Materials auch fremdes hinzugenommen hatte. Fabricirte er lediglich aus fremdem Material, so sollte er nach Ansicht der Sabinianer verpflichtet sein, den Stoffeigenthümern als Abfindung das Fabrikat selbst herauszugeben oder das volle Interesse zu ersetzen. Sie rechtfertigen die zu diesem Zwecke zugelassene Vindicationsklage durch den bekannten Satz: „quod ex re nostra fit, nostrum est" [118]), also durch Annahme einer Fortdauer des Eigenthums trotz der Neuheit des Gegenstandes. — Den Proculianern schien dieser Satz theils hart, theils überflüssig; Ersteres gegenüber dem redlichen Specificanten und gegenüber den Erben jedes Specificanten; gegen diese durfte nicht der Vindicationsproceß, sondern nur ein Abfindungsanspruch nach Maßgabe der Unschädlichkeit (sogen. a. in factum) gestattet werden (L. 23 § 5; L. 52 D. 6. 1). Ueberflüssig war der Satz aber auch gegenüber dem dolosen Specificanten, da dieser ohnedies als Dieb mit der condictio furtiva und seit Erweiterung der rei vindicatio unter Hadrian auch mit dieser als sogen. fictus possessor zum Ersatze des vollständigen Interesses angehalten werden konnte (§ 26 I. II 1; L. 53 § 14 D. 47. 2; L. 4 § 2 D. 41. 3).

Der erstere Fall, der Eigenthumsanspruch als actio in factum wird übrigens von Vangerow a. a.

---

118) Gaius II § 79; L. 7 § 7 D. 41. 1. Noch Paullus rechtfertigt in L. 12 § 3 D. 10. 4 durch diesen Satz die actio ad exhibendum gegen den dolosen Specificanten.

O. § 310 a. E. und diesem folgend von v. Holzschuher, Theorie Bd. II S. 203 aus dem allgemeinen Grundsatze: „quod nemo cum damno alterius locupletior fieri debet" hergeleitet, — was hier nur erwähnt wird, um am Schlusse unserer Betrachtungen auf dem Gebiete des Eigenthums wiederholt zu erinnern, daß sich die hier vielfach vorkommenden Anwendungen des Unschädlichkeitsmaßstabes eben nur als Elemente der individuellen aequitas derjenigen Rechtsverhältnisse darstellen, welche durch die Collision von Eigenthumsansprüchen resp. durch Verfolgung des Eigenthumsrechtes gegen einen redlichen Besitzer herbeigeführt werden.

Wir gehen nunmehr auf das

B. Gebiet der Verträge

§ 15.

über. Anzuknüpfen ist hier wiederum an dasjenige, was oben (S. 229) als der uns besonders interessirende Zug der angemessenen Rechtsentwickelung (aequitas) auf diesem Gebiete bezeichnet worden ist, die Tendenz nämlich,

> daß der sich aus den Zwecken der Verträge ergebende materielle Wille der Contrahenten in allen Eventualitäten ebenso zur Richtschnur dienen muß, als wäre er ausdrücklich ausgesprochen.

Daß bei Verfolgung dieser Tendenz der Unschädlichkeitsmaßstab eine höchst umfassende und vielseitige Anwendung finden muß, ergiebt sich hier unmittelbar aus der Erwägung, daß bei den allermeisten Vertragsverhältnissen thatsächlich nicht gerade beabsichtigt wird, daß sich der eine Contrahent einfach

auf Kosten des Andern bereichern solle; — dies ist geradezu die Ausnahme. — In der Regel waltet ein bestimmter anderer Zweck vor, welcher in allen Gestaltungen des Verhältnisses maßgebend bleibt, folgeweise jene Bereicherung des Einen auf Kosten des Andern als eine Contractwidrigkeit mehr oder weniger ausschließen muß.

Da indessen die Interessenten sich im Laufe der Geschäfte durchgängig nur über das aussprechen, was sie beabsichtigen, nicht darüber, was sie nicht beabsichtigen; da ferner jene negative Seite ihres Contractwillens hauptsächlich in solchen Eventualitäten zur Sprache kommt, an welche nicht im Voraus gedacht worden ist, — so kann allerdings die Vorstellung entstehen, als gingen die in solchen Fällen zur Anwendung kommenden Grundsätze nicht aus der inneren Consequenz des speciellen Rechtsverhältnisses hervor, sondern als beruhten dieselben vielmehr auf einem selbstständig neben den besonderen Rechtsverhältnissen stehenden Generalprincipe:

daß sich in abstracto Niemand mit des Andern Schaden bereichern solle;

und als sei dieses Generalprincip eben darin sichtbar und wirksam, daß beim Mangel ausdrücklicher vertragsmäßiger Bestimmungen Restitutions- und Ausgleichungsansprüche in den mannigfaltigsten Richtungen sich geltend machen lassen. Um nun von vornherein möglichst anschaulich zu machen, wie grundfalsch diese Anschauung wäre (oder ist), bedarf es nur eines Blickes auf die historische Entwickelung des Obligationenrechts.

Der Verlauf derselben ist der, daß zunächst die Contrahenten bei nicht ganz einfachen Geschäften darauf verzichten müssen, im Voraus alle denkbaren Fälle in Betracht zu ziehen, weil „die menschliche Voraussicht bei aller Kunst des

Wortes nicht alle möglichen Eventualitäten im Voraus mit Contractsclauseln zu bemeistern vermag" (v. Keller, Der Röm. Civilproceß und die Actionen S. 386). — Sie überlassen damit das Schicksal des Rechtsverhältnisses zum guten Theil der gegenseitigen Redlichkeit und dem guten Willen, zuletzt dem arbitrio boni viri des Richters, welcher hier vielmehr Schiedsmann ist (bonae fidei negotia, s. v. Keller a. a. O. § 7. § 17).

Später sucht man dem Verkehr durch Privatsammlungen von Contractformularen zu Hülfe zu kommen [119].

---

119) Vergl. z. B. in Varro, De re rustica. Ueberhaupt in Bezug auf das röm. Recht Ihering, Geist des Röm. Rechts II Abth. 1 S. 312 ff. Der Verfasser scheint hier von seiner früheren Ansicht zurückgekommen zu sein. In den Abhandl. Nr. I (1844) verwirft er entschieden die Zurückführung des subsidiären Rechts auf den muthmaßlichen Willen der Parteien, „weil dieses Recht zu seiner Anwendbarkeit die Uebereinstimmung mit dem muthmaßlichen Willen nicht erfordere (S. 12); weil es ganz gleichgültig sei, ob die Parteien wirklich an den Eintritt einer bestimmten Eventualität schon im Voraus gedacht haben oder nicht und ob sie, wenn sie daran gedacht, möglicherweise etwas Anderes bestimmt hätten." — Das sind keine Gründe. Der Zweck des dispositiven Vertragsrechts kann vernünftiger Weise nur der sein, dem Willen der Interessenten Geltung zu verschaffen. Daher wird von den römischen Juristen so oft eingeschärft, der judex solle zuerst untersuchen, quid actum sit? und auf die Rechtsregel erst zurückgehen, wenn sich die Absicht, davon abzuweichen, nicht nachweisen läßt („si nihil aliud actum esse appareat"). Um aber jenen Zweck der dispositiven Rechtssätze zu erreichen, muß freilich der durchschnittliche, zweckmäßige, regelmäßige Vertragswille ein- für allemal fixirt und sodann bei Mangel einer Abänderung als in concreto vorhanden angenommen werden; denn nur so läßt sich vermeiden, daß sich der Richter im einzelnen Falle zum Gesetzgeber aufwirft und Willenserklärungen fingirt, welche nach seinem subjectiven Dafürhalten hätten erfolgen können oder sollen, in der That aber nicht erfolgt sind. — Mit den römischen Juristen geht Ihering in den Abhandl. etwas kurz um; so z. B. werden S. 16 ff. einige ausdrücklich auf Willens-

Diese sind Surrogat, aber auch Vorläufer und Quellen des dispositiven Rechts. Bald werden die leges contractus durch leges de contractibus ersetzt; das Recht (Praxis, Doctrin, Gesetz oder was sonst) setzt für die näher oder ferner liegenden Eventualitäten der gangbarsten Geschäftsformen das dem zweckmäßigen Contractwillen Entsprechende ein- für allemal fest und giebt den Interessenten so die Möglichkeit, in einem Augenblicke und mit wenig Worten ein für alle Fälle geregeltes und fixirtes Rechtsverhältniß unter sich in das Leben zu rufen. Das dispositive Recht dient hier lediglich der Sicherheit, Schnelligkeit und Leichtigkeit des Verkehrs als allgemeines und selbstverständlich benutztes Geschäftsformular und instrumentum relatum, soweit nicht Abänderungen (sogen. accidentalia) beliebt worden sind [120]).

Diese ein- für allemal feststehenden, ursprünglich auf Willensinterpretation beruhenden Naturalien sind nun gerade ein integrirender und zwar ein höchst wesentlicher Theil des Contractwillens, da sie eben dazu dienen, denselben gegenüber

---

interpretation (des Testators, Schenkers) beruhende Entscheidungen (L. 21. 22 D. de usufr. (7. 1), L. 63 § 4 D. ad Sct. Trebell. (36. 1) und L. 45 D. de acq. hered. (29. 2) mit der Bemerkung beseitigt, das mitleidige Erbarmen (sic!) habe hier einmal wieder das juristische Gewissen zum Schweigen gebracht!

120) Beispiele des Uebergangs eines accidentale in ein naturale 1) die stipulatio duplae L. 31 § 19 D. 21. 1: „ea enim, quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debere venire", L. 2, L. 37 pr. § 1 D. de evict. (21. 2), Paull. R. S. II 17 § 2; — 2) die (stillschweigende) Verpfändung des noch zu erwerbenden Vermögens c. 9 C. 8. 17: „cum sit justum, magis voluntates contrahentium, quam verborum conceptionem inspicere", 3) die Pflicht des Käufers fiscalischer Grundstücke, dem Pächter die Fortbenutzung zu gestatten L. ult. D. de J. F. (49. 14): „atque si hoc ipsum in emendo convenisset".

eintretenden Hindernissen möglichst aufrecht zu erhalten und die jura quaesita jeder Partei gegen einseitige Willkür des Mitcontrahenten in Schutz zu nehmen. Der Fortschritt in diesem Stadium der Rechtsbildung liegt gerade darin, daß sich bei jeder nicht vorhergesehenen Eventualität aus den bereits feststehenden, dem Zwecke des Vertrages entnommenen naturalibus negotii mit Sicherheit diejenige Gestaltung des Rechtsverhältnisses ergiebt, welche einzig und allein als die eventuell gewollte, beabsichtigte betrachtet werden darf und nach einmal erfolgter Feststellung der dispositiven Rechtssätze sogar betrachtet werden muß.

Bildet nun die Unterwerfung unter die naturlia negotii einen nothwendigen und unentbehrlichen Bestandtheil jedes Vertragsschlusses, so können auch die rechtlichen Folgen derselben einzig und allein als Folgen des speciellen Vertragsrechts behandelt werden, — nicht als abgesonderte Ausflüsse einer abstracten, jedes Maßstabes entbehrenden aequitas. — Es versteht sich hiernach von selbst, daß zur Geltendmachung solcher durch Stillschweigen zum Inhalte des concreten Vertragswillens gemachten Naturalien eben nur die Contractklage dienen kann [121]), d. h. dasjenige Rechtsmittel, dessen Grund der Vertrag, dessen Voraussetzung und nothwendiger Zweck die Anerkennung desselben (seiner Gültigkeit) ist, dessen Petita aber freilich ganz so mannigfaltig sein müssen, als seine äußeren Veranlassungen verschieden sein können. — Die römischen Juristen haben, wie bereits in § 11 angedeutet, diesen Gesichtspunkt mit meisterhafter Feinheit und Schärfe aufgefaßt und durch-

121) S. L. 3 D. de R. C. (12. 1): „quod agitur, pro cauto habendum est". L. 7 D. de N. G. (3. 5), L. 11 § 1 D. de A. E. V. 19. 1. — Code civil art. 1135. 1160.

geführt [122]); dagegen haben neuere Schriftsteller sich bisweilen über die sehr weite Ausdehnung, die den römi-

122) Den Beweis liefern u. A. folgende Stellen: 1) L. 19 § 6 D. locati (19. 2) verb. mit L. 15 § 6 eod. Es wird ausgeführt, daß die vorausgezahlte Miethe nach Untergang der gemietheten Sache nicht als indebitum, sondern nur mit der Contractklage zurückgefordert werden kann („ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum; non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis prospiceret", d. h., weil die Zahlung in der That eine contractmäßige Schuld, wenn schon unter Umständen widerruflich war). Anders wenn aus Irrthum eine höhere als die vertragsmäßige Miethe gezahlt ist (z. B. 15 statt 10); das Zuviel liegt außerhalb des Vertrages, d. h. nur die condictio, keine Vertragsklage. Erxleben, Die Condictionen II S. 188 f. und Fuchs im Arch. für civil. Prax. Bd. 34 S. 409 ff. sehen die Rückforderungsklage auch im erstern Fall für eine condictio sine causa an! Für sie hat sich Ulpian mit seiner doch so klaren Auseinandersetzung umsonst bemüht. — 2) L. 17 § 3 D. de dolo malo (4. 3), L. 3 § 2. 3 D. si mensor (11. 6). Es wird eine Waare nach dem Gewicht verkauft und aus Versehen (weil die Gewichte falsch waren) zu wenig oder zu viel abgewogen. Es wird ein Grundstück nach der Ruthenzahl (ad modum) verkauft, der Mensor hat aber falsch vermessen und den Flächeninhalt zu hoch oder zu gering angegeben. Soweit in Folge dessen an Preis oder Waare zu wenig geleistet worden, wird mit der Contractklage nachgefordert; was zu viel geleistet worden, liegt dagegen außerhalb des Contracts, d. h. condictio indebiti. — Am interessantesten ist 3) die sorgfältige Erörterung wirklich zweifelhafter Fälle, z. B. l. 11 § 6 D. de A. E. V. (19. 1). Es wird die gegebene arrha zurückgefordert, weil der Hauptvertrag aufgehoben worden: mit der Contractklage, denn es gehört dies zur Rückgängigmachung des Contracts („utilemque esse actionem ex emto etiam ad distrahendam emtionem"); ebenso wenn der Vertrag schon beiderseits erfüllt ist, denn zur vollständigen Erfüllung gehört auch die Rückgabe der arrha (annulus arrhae nomine datus); hier aber kann man, da das Vertragsverhältniß doch schon ganz abgewickelt ist, die arrha auch für sich als datum ob causam betrachten und causa finita condiciren. — L. 2 D. de cond. sine caus. (12. 7): „Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis

schen Contractklagen gegeben worden ist, verwundert und bald für diesen bald für jenen der hierher gehörigen Fälle — insbesondere bezüglich der vertragsmäßigen Rücktrittsrechte (wovon in § 17) — behaupten wollen, die Contractklage habe hier ausnahmsweise die Function einer actio doli, einer condictio sine causa aus grundlosem Haben oder gar einer Bereicherungsklage [123]), während von einer eigentlichen Contractklage nicht die Rede sein könne.

Dergleichen einer wissenschaftlichen Jurisprudenz feindlich gegenüberstehende Ansichten sind ein Uebelstand (s. ob. § 1 a. E.), welcher uns nöthigt, bei unserer Revision auch auf dem Gebiete der Vertragsrechte zu verweilen und der demselben

---

eis domino pretium ex locato conventus praestiterit, posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione consequi debeat pretium quod dedit? — Unbedenklich mit der Contractklage (auch braucht das Petitum nicht wie in L. 17 § 5 D. commod. (13. 6) alternativ gestellt zu werden); keinenfalls mit der condictio indebiti; soll überhaupt condicirt werden, so muß es geschehen: „quasi sine causa datum sit vestimentis inventis, was aber Ulpian auch nicht zu billigen scheint. — Als bedeutend für die rechtliche Natur des Rückforderungsrechts zeigt sich 4) der Unterschied zwischen dem bonae fidei und stricti juris negotium in L. 9 § 1 D. de cond. ob turp. caus. (12. 5), sowie zwischen dem bon. fid. contractus und der bloßen datio ob causam (dos) in L. 50 pr. § 1 D. de J. D. (23. 3).

123) S. Mommsen, Beiträge I S. 125 Note 7. S. 260, 380, 383 ff. Windscheid, Lehre von der Voraussetzung S. 67 f., 111, 119. Erxleben a. a. O. Bd. II S. 188 f. (s. auch S. 344, 397, 419), auch Fuchs im Arch. für civil. Praxis Bd. 34 S. 409 ff. (vergl. vorige Anm.). — Wenn Mommsen, Beiträge II S. 74 von Fällen spricht, wo die actio ex emto bald die Stelle der actio doli, bald die der condictio causa non secuta vertrete und daher von einer bestimmten Natur der actio ex emto nicht die Rede sein könne, — so bedarf es nur eines Blickes auf die in der vorigen Anmerkung aufgeführten Stellen, um sich zu überzeugen, wie unrömisch — um nicht zu sagen unjuristisch — eine solche Auf-

immanenten aequitas in einigen ihrer Hauptrichtungen nachzugehen.

§ 16.

Als rein vertragsmäßig sind hervorzuheben:

a) die Ansprüche aus contractwidrigen Handlungen (Versehen im weitesten Sinne) [124]. Hier ergiebt sich daraus, daß die Contractwidrigkeit selbstverständlich kein besonderer Klagegrund ist, daß dieselbe vollkommen gleichgültig wird und nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn ein Fall eintritt, für welchen die Befreiung des Schuldners ohnehin beabsichtigt war [125].

---

fassung ist. In noch weit höherem Maße gilt dies freilich von der Behauptung desselben Schriftstellers (Beiträge Bd. I S. 124, 125 Note 7), daß die Zulässigkeit der Contraktklage nicht voraussetze, daß der dadurch geltend zu machende Contract auch gültig sei (!! — s. unten § 17).

124) Bei willkürlicher Nichterfüllung resp. Vertragsverletzung, z. B. Nichtlieferung der verkauften Waare, Liegenlassen der einmal übernommenen Geschäfte, unzeitigem Rücktritte von einer Societät, nicht gehöriger Rückgabe anvertrauter Sachen und dergl. — L. 27 § 2 D. mand. (17. 1), L. 28 D. N. G. (3. 5), L. 41, 42 L. 65 sq. D. pro soc. (17. 2), L. 3 § 1 D. commod. (13. 6, vergl. mit l. 1 § 43 deposit. 16. 3), c. 3 C. 4. 24 (a. pigneratitia), L. 7 D. 19. 5 (a. praescript. verb.), c. 7 C. 5. 51 (a. tutelae) — ist Rechtsprincip: die gänzliche Wirkungslosigkeit der einseitigen Willkür gegenüber dem jus quaesitum des andern Theils. Die praktische Durchführung dieses Princips liegt in der Verpflichtung zur Leistung des Interesse; denn diese Leistung ist nichts Anderes als die Erfüllung selbst in ihrer rechtlich erzwingbaren Gestalt. (Ein jus quaesitum giebt es auch bei bedingten Verträgen L. 8 pr. D. de C. E. (18. 1).)

125) S. z. B. L. 45 D. de O. et A. (44. 7): „Is qui ex stipulatu Stichum debet, si eum ante moram manumiserit, et is prius, quam super eo promissor conveniretur decesserit, non

b) Ansprüche aus einer schlechthin übernommenen Garantie, z. B. des habere licere, des uti frui licere, die Garantie der Zahlung zu einem bestimmten Termine (mora), oder an einem bestimmten Orte, der Verschaffung eines bestimmten Rechts (Evictionsleistung) und dergleichen[126]). — Daß diese Uebernahme der Garantie

---

tenetur; non enim per eum stetisse videtur, quominus eum praestaret" — d. h. die Veranlassung zur Klage tritt gar nicht ein.

126) Auf die Disponibilität des Gegenstandes für den Verpflichteten kommt nichts an s. L. 34, 35 D. de V. O. (45. 1: „si quis promittat rem, cujus commercium non habet, ipsi nocere non mihi rel." Garantie für Handlungen Dritter § 3 Instt. III 19, L. 81 D. 45. 1, L. 19 D. 46. 8 (conf. L. 18 eod.), L. 14 § 2 D. 13. 5 und Mommsen, Beiträge I S. 22 ff. § 40 ff. § 49 Th. I Tit. 5 des Allg. Preuß. LR.s. — Evictionsleistung a) beim Kauf L. 60 D. 21. 2: „praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex emto actionis quod interest; auch L. 28, L. 57 § 1 D. 18. 1; L. 1 pr. L. 43 D. 19. 1, L. 11 pr. eod. L. 8, L. 10, L. 67, L. 70, L. 46 § 1 D. 21. 2; c. 3 C. 4. 51; — b) bei der Sachmiethe L. 9 pr. D. 19. 2: „Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpave ejus, Pomponius ait, nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit ut ei praestetur frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patiatur, et locator paratus sit, aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatorem" — s. auch L. 7, L. 8, L. 15 § 8 eod. — c) beim Tausch c. 1 C. 4. 64: „ad exemplum ex emto actionis"; L. 7 § 2 D. de pactis (2. 14): „Julianus scribit in factum actionem . . dandam; ille [sc. Mauritianus recte] ait, civilem incerti actionem id est praescripsis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit; unde haec nascatur actio." — Wo die Gewährleistung naturale ist, wird der Erlaß derselben in der Art einschränkend interpretirt, daß wenigstens der Rücktritt vorbehalten bleibt L. 11 § 18 D. 19. 1. — Wenn Sachen taxirt übergeben werden, so ist es Thatfrage, für welche Fälle sich der Empfänger zur Leistung der Taxe habe verpflichten wollen L. 17 § 1 D. 19. 5 (Paull. R. S. II 4 § 4) und L. 11 pr. D. 12. 1 (dazu

wiederum kein besonderes Rechtsverhältniß bildet, sondern eben nur als die aus der Absicht der Contrahenten sich von selbst ergebende Sicherung gegen Vereitelung des Vertragszweckes aufgefaßt werden darf und in Betracht kommt, zeigt sich positiv schon darin, daß 1) der Evictionsanspruch (in der Regel und abgesehen von dolus) vor der wirklichen Eviction nicht geltend zu machen ist (L. 3 C. 8. 45 L. 16 § 1, L. 21 § 2; L. 57 pr. D. 21. 2); — auch 2) darin, daß er ganz fortfällt, wenn diese nicht mehr geschehen kann [127]). Ferner fällt die Garantie als naturale negotii ganz fort, wenn der Erwerber wußte, daß die gekaufte Sache ganz oder zum Theil eine fremde sei, folglich bei dem dennoch erfolgten Vertragsabschusse nur die Absicht obgewaltet haben kann, die Sache so, wie sie ist, zu erwerben [128]). — Die mora wird purgirt, soweit sie aufhört, als Vertragsverletzung zu erscheinen u. s. f.

c) Vertragsmäßig ist ferner die Befreiung des Schuldners in vielen Fällen casueller (d. h. unverschuldeter) Unmöglichkeit der Erfüllung, z. B. Untergang der gekauften Waare [129]). Es führen hier die Quellen nicht etwa als

---

Koch, R. d. Forder. I S. 222 ff., Chambon, Beitr. I S. 88 f., Mommsen, Beitr. I S. 280 ff.).

127) Z. B. a) der verkaufte Sklave stirbt vor der Eviction L. 21 pr. D. 21. 2; L. 21 D. 18. 4; c. 26 C. 8. 45. b) Ein Stück des nachher evincirten Grundstücks ist durch den Strom losgerissen worden L. 64 § 2 D. 21. 2. — c) Die gekaufte Sache ist vor der Eviction bereits wieder aufgegeben, manumittirt, derelinquirt worden L. 25 D. 21. 2, L. 76 eod. [ad a bleibt übrigens der Entschädigungsanspruch wegen des verlorenen Patronatsrechts L. 45 § 2 D. 19. 2, L. 26 D. 21. 2, Mommsen a. a. O. II S. 151 N. 11].

128) C. 27 C. 8. 45. Dasselbe Princip sogar beim Mangel ausdrücklich zugesagter Eigenschaften L. 45 D. 18. 1 und dazu Mommsen a. a. O. I S. 203 ff. II S. 283 ff.

129) Hierher gehören u. A. § 3 J. III 23; L. 54 pr. D. 19. 1,

Grund an, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung in ihren Wirkungen der Erfüllung gleichstehe oder daß die Erfüllung fingirt werde [130]), sondern es wird nur die Thatsache ausgesprochen, daß der Schuldner „nichts mehr schuldig“, „befreit“, „gesichert“ sei [131]) und diese kann

---

L. 13 § 1, L. 36, L. 62 D. 19. 2; L. 51 D. 45. 1; L. 11 D. 18. 6; L. 1 § 4, § 5 D. 44. 7; L. 107 D. 46. 3: „verborum obligatio ... resolvitur ... naturaliter, veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rerum natura esse desiit“. — Die Befreiung liegt im Willen der Parteien, insofern für gewisse Eventualitäten keine Vertretung stattfinden soll (Zufall im technischen Sinne), z. B. Flucht eines Sklaven (L. 8 § 10 D. 17. 1), Diebstahl (L. 35 § 4 D. 18. 1), Raub (L. 1 § 4 D. 44. 7), Wegnehmen durch den Feind (L. 91 § 1 D. 45. 1) und dergl.

130) Diese Fiction, wie sie u. A. noch von Koch, R. d. Forder. I S. 192 ff. II § 107 Note 12 und Fuchs a. a. O. S. 115 ff. angenommen wird, ist überflüssig, weil die Befreiung des Schuldners für den Fragefall naturale negotii ist. — Daß durch die Unmöglichkeit der Vertrag nicht aufgehoben wird, beweisen L. 13 § 22 D. 19. 1, § 3 J. 3. 23, L. 34 § 6 D. 18. 1, c. 6 C. de pericl. et commod. (4. 48), L. 15 D. de J. D. (23. 3): Anspruch auf den Kaufpreis einerseits und auf Ersatz von Verwendungen auf die untergegangene Sache andererseits; L. 18 § 4 D. 13. 6: a. contrar. des Commodatars und Depositars ungeachtet ihrer durch Untergang der ihnen anvertrauten Sache erfolgten Befreiung; c. 10 C. de cond. ob cs. dat.; L. 5 § 1 in fine D. de praesc. verb. (19. 5): Wegfall der condictio. (Ueber diese letztere und andere hierher gehörige Stellen Mommsen, Beitr. I S. 391 ff., Windscheid, Voraussetz. S. 179 ff., Erxleben a. a. O. II S. 363 ff. S. 435.) Grund des Wegfalls der condictio ist, daß der Schuldner sich die Befreiung für diesen Fall von Anfang an vorbehalten, der Gläubiger also nicht behaupten kann causam non esse secutam.

131) „Non debet“, „nihil debetur“ [L. 30 §§ 4 bis 6 D. ad lg. Falcid. (35. 2), L. 37 D. de V. O. (45. 1), L. 35 D. de leg. I (30)], „liberor“, „liberatur“ [L. 83 § 5, L. 105 D. de V. O. (45. 1), L. 98 § 8 D. 46. 3]; „securus est“ [§ 4 J. quibus modis re (III 14), L. 1 §§ 4, 5 D. de O. et A. (44. 7)]

eben nur das Ergebniß der sehr natürlichen Contractsauslegung sein, daß sich der Schuldner für den Fall casueller Unmöglichkeit zu Weiterem nicht habe verpflichten wollen, — woraus sich dann als Grundsatz ergiebt, daß die Verpflichtung, für den Zufall zu stehen, ausdrücklich übernommen werden müsse; und daß diese in den meisten Fällen durchaus gerechtfertigte Auffassung den Römern in der That sehr geläufig war, zeigen die Rechtssprüchwörter: „impossibilium nulla obligatio", „casus a nullo praestantur", „res debita perit ei, cui debetur", welche eben nur Interpretationsregeln, keineswegs absolute Rechtsprincipien sind.

Die Unabweisbarkeit dieser Auffassung aber ergiebt sich daraus, daß eine selbstständige Einwirkung der Unmöglichkeit im Widerspruch mit oder neben dem Contractwillen nicht denkbar ist, weil das Zwangsrecht des Gläubigers eventuell auf Umsatz in das allgemeine Surrogat der Erfüllung (Interesse) geht; und weil, vorausgesetzt daß die Leistung für alle Fälle übernommen (schlechthin garantirt) wäre, es für den Gläubiger gleichgültig sein müßte, ob der Umsatz in Geld durch bloße Contumaz des Schuldners, oder aber durch eine (relative oder absolute) Unmöglichkeit der Naturalleistnng herbeigeführt wird.

Handelt es sich hier also lediglich um Auslegung des Vertragswillens, so kann auch von Aufstellung absoluter Grundsätze keine Rede sein; es kann vielmehr der Zweck eines Contractverhältnisses auch das Gegentheil mit sich bringen, wie denn z. B. bei der Societät, trotz des Sprüchwortes

---

und am häufigsten „non tenetur" [L. 5 § 3 D. 13. 6; L. 45 D. de O. et A. (44. 7), L. 33, L. 51 D. de V. O. (45. 1), L. 92 pr. D. 46. 3].

„casus a nullo praestantur", das damnum gemeinschaftlich getragen wird: „nam secuti lucrum ita damnum quoque commune esse debet, quod non culpa socii contingit" (L. 52 § 3 § 4, L. 58 pr. § 1, L. 60, L. 61 D. 17. 2). — Es liegt ferner

d) in der Verpflichtung zur vollständigen Erfüllung als minus von selbst die eventuelle Verbindlichkeit, auch im Falle eines nicht zu vertretenden Hindernisses dem Gläubiger so viel als möglich genug zu thun und so den Vertragswillen wenigstens annähernd zu verwirklichen. Aus diesem Grunde ist z. B. statt des abgebrannten Gebäudes wenigstens die area zu leisten (L. 21 i. f. D. de hered. vend. (18. 4)) [132]); statt der commodirten oder deponirten Sache der dafür erlangte Preis (L. 1 § ult. D. 13. 6); statt des verkauften Grundstücksantheils dasjenige, was in Folge des Theilungsprocesses an seine Stelle tritt [133]). Wird die Erfüllung durch Delict eines Dritten gehindert, so müssen wenigstens die dadurch begründeten reipersecu-

132) Vergl. L. 57 D. de contr. emt. (18. 1) und Mommsen, Beitr. I S. 165.

133) In l. 13 § 17 D. 19. 1 und L. 7 § 13 D. 10. 3 behandelt Ulpian den Fall, daß der Verkäufer eines ideellen Grundstücksantheils an der Erfüllung des Contracts ohne seine Schuld dadurch gehindert wird, daß vor der Tradition an den Käufer der andere Miteigenthümer auf Realtheilung provocirt. Mag nun der Theilungsproceß ausfallen wie er will, mag Realtheilung stattfinden oder das ganze Grundstück dem Verkäufer oder auch dem dritten Miteigenthümer gegen eine dem andern Interessenten zu zahlende Abfindung zugesprochen werden, immer muß das Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer so regulirt werden, wie es dem Contractwillen angemessen ist und „aequum est, eandem esse conditionem emtoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo" — Behandlung desselben Falles durch Tryphonin betr. die Restitution der dos L. 78 § 4 D. de J. D. (23. 3).

torischen und Strafklagen cedirt werden[134]) u. dergl. — Wenn nun z. B. Mommsen (Beiträge zum Oblig.-Recht Bd. I S. 31 Note 13) mit Bezug auf den zweiten der soeben erwähnten Fälle, den Anspruch des Deponenten gegen den Erben des Depositars auf Herausgabe dessen, quod ad eum pervenit[135]), behauptet, daß dieser An-

---

134) In dieser Verpflichtung liegt zugleich das die Zuständigkeit der Klagen begründende Interesse L. 80 pr. D. 47. 2; § 3 J. de emt. (III 23), L. 35 § 4 D. c. emt. (18. 1), L. 31 pr., L. 13 § 12 D. 19. 1, L. 18 i. f. D. sol. matr. (24. 3), L. 14 pr. D. 47. 2, L. 16 D. 16. 3; L. 13 D. 18. 6. — Die Klagen werden den Früchten an die Seite gesetzt (L. 11 § 10 D. quod vi (43. 24), L. 4 § 4 D. 18. 2). — Ueber die Befugniß, die Cession der Klage oder Herausgabe des durch ihre Anstellung Gewonnenen zu verweigern (nur wenn der Verpflichtete seine Gläubiger nicht zur Annahme dieses Surrogats für die zu leistende Sache zwingen konnte) s. Jhering, Abh. I S. 1 ff. S. 58. — Das in Rede stehende naturale negotii pflegt übrigens auf ein angeblich allgemein geltendes Princip: „commod. ejus esse debet, cujus et pericul." zurückgeführt zu werden, s. z. B. Mommsen, Beitr. I S. 298 ff., Jhering a. a. O. S. 20 ff., 41 ff.

135) L. 1 § ult. D. 16. 3: „Quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit, quaesitum est: si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit, ignorans depositam vel commodatam, an teneatur? — Et quia dolo non fecit, non tenebitur ex re. — An tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? — Et verius est, teneri eum, hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit non reddit." — L. 2: „Quid ergo, si pretium nondum exegit, aut minoris, quam debuit, vendidit? Actiones suas tantummodo praestabit." — L. 3: „Plane si possit rem redimere et praestare, nec velit, non caret culpa, quemadmodum si redemtam vel alia ratione suam factam noluit praestare, causatus, quod semel ignorans vendiderit". — (Ebenso im Resultate der bloße bon. fid. possessor) L. 4: „Sed etsi non sit heres, sed putavit se heredem, et vendidit, simili modo lucrum ei extorquebitur". — Dazu m. Abhandl., Ueber den Art. 83 d. Allg. D. W.-Ordn. und die gemeinrecht-

spruch mit dem Verwahrungsvertrage selbst gar nicht in Verbindung stehe, vielmehr Folge des (angeblich allgemein geltenden) Grundsatzes sei: „daß in obligatorischen Verhältnissen derjenige Theil, welchen der Nachtheil eines Ereignisses trifft, auch das Commodum für sich in Anspruch nehmen könne"; — so kann dieser Aeußerung im Hinblick auf die bezügliche Pandectenstelle (Anm. 135) unmöglich beigepflichtet werden. Hier sagt nämlich der Jurist: Man könne allerdings beim Argumentiren aus der Eigenthümlichkeit des Verwahrungsvertrages versucht sein, zunächst darauf Gewicht zu legen, daß der Erbe des Depositars ja ignorans, also doch ohne grobes Versehen die seinem Erblasser anvertraute Sache verkauft habe („quia autem dolus duntaxat in hoc judicium venit, quaesitum est rel.“). Allein darauf komme es für die Frage, ob der Erbe schuldig, den bei der Veräußerung gezogenen Gewinn herauszugeben, nicht mehr an, da derselbe nunmehr wisse, daß die Sache eben nur in Verwahrung gegeben, also die Veräußerung contractwidrig (objectiv dolos), der daraus gezogene Gewinn unrechtmäßig war („hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit“). Daher habe er dem Kläger nach Kräften durch Herausgabe des Preises, Cession der actio venditi, wo möglich aber durch Rückkauf und Herausgabe der Sache selbst gerecht zu werden.

Das hier angewandte Princip der annähernden Vertragserfüllung führt nun

e) bei Verträgen, welche eine Vertauschung von Ae-

liche Bereicherungsklage im Archiv für d. W.-R. Bd. IX S. 46 f. Anm. 137.

quivalenten enthalten, dahin, daß hier zur Aufrechterhaltung des vertragsmäßigen Gleichgewichts bei unvollständiger Erfüllung eine Reduction der Gegenleistung erfolgen muß. Dies ist besonders bei Kauf, Miethe und Pacht ein naturale negotii, und es ist dabei zu beachten, daß der Kaufpreis nicht etwa auf den wirklichen Werth der Sache herabgesetzt wird, sondern es nur darauf ankommt: quanto minoris essem emturus, si id ita esse scissem (l. 13 pr. § 1, 2 D. de A. E. V. (19. 1)); und daß z. B. die Grundsätze über Remission bei der Pacht (L. 15 § 7 D. 19. 2: „non quanti interest consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata", s. auch L. 19 § 1 ib.: „pensionem non petes") nur Folgen davon sind, daß der Pachtvertrag einen Umtausch der Natural- gegen die Civilfrüchte und zugleich Seitens des Verpächters eine Garantie der Fruchtnutzung enthält. — Vergl. § 3 Instt. de locat. (3. 24) c. 1 D. de jure emphyteutico (4. 66). Schließlich müssen

§ 17.

f) für manche Eventualitäten je nach der Eigenthümlichkeit des vorliegenden Vertrages Rücktrittsrechte als stillschweigend vorbehalten (naturale negotii) betrachtet werden, wiewohl sich dieselben auf Grund einer zweckmäßigen Vertragsinterpretation im Einzelnen sehr verschieden gestalten. So läßt sich z. B. bei mangelhafter Erfüllung eines Kaufvertrages durch den Verkäufer nur im Allgemeinen behaupten, daß der Käufer für den Fall der Fehlerhaftigkeit der Waare sich entweder Preisermäßigung oder Rücktritt vorbehalten haben würde, woher ihm zwischen Beiden die Wahl gegeben ist[136]). Wird dem Miether oder

136) Ohne Rücksicht auf die Wichtigkeit des entdeckten Fehlers

Pächter das uti und frui licere durch Expropriation oder Untergang des vermietheten oder verpachteten Gegenstandes entzogen, so folgt für ihn ein **unbedingtes** Rücktrittsrecht einfach aus dem Ausbleiben der Vorleistung von der anderen Seite (L. 15 § 6, L. 19 § 6, l. 30 § 1, L. 33 D. locati (19. 2); wogegen der zufällige Untergang der gekauften Sache dem Käufer überhaupt kein Rücktrittsrecht giebt [137]), weil der Verkäufer seiner Verpflichtung,

L. 1 § 1, L. 38 pr., L. 18 pr. D. 21. 1, L. 25 § 1 D. 44. 2. Das Recht des Käufers kann natürlich niemals weiter gehen als bis zum Rücktritt; er kann nie den ganzen Kaufpreis oder gar noch mehr zurückerhalten, ohne die gekaufte Sache herausgeben zu müssen L. 31 § 16 D. 21. 1: „id agendum esse, ne lucrum emtor faciat" L. 43 § 6 i. f. D. eod. L. 25 § 1 D. 44. 2. — Bei theilweisem Untergange des Gegenstandes ist nach den Umständen zu beurtheilen, ob der übrigbleibende Theil als event. gekauft betrachtet werden kann, was in der Regel kein Bedenken haben wird, wenn der untergegangene Theil verhältnißmäßig unbedeutend ist L. 57 D. de c. emt. 18. 1: Rückforderung des gezahlten Preises mit cond. indebiti, sofern der Vertrag wegen wesentlichen Irrthums über die Existenz des Gegenstandes nichtig ist; wogegen die a. redhibitoria als Contractklage die Gültigkeit des Vertrages voraussetzt (L. 43 § 9 D. 21. 1 — s. ob. N. 122).

137) Der Vermiether ist **unbedingt** (zur Vorleistung) verpflichtet (v. der **Pfordten**, Abh. S. 324 ff. **Sintenis**, Civilrecht II S. 106). Die Verpflichtung des Käufers dagegen ist eine **bedingte**, aber bedingt durch **die Existenz** seiner Gegenforderung, nicht durch ihre **Realisirung**. Der Käufer hat kein Rücktrittsrecht, weil er — wie **Koch**, R. d. Forder. I S. 198 f. sagt — Herr seines Forderungsrechts ist und bleibt und sich nur dessen **Werth**, wenn der Gegenstand zu existiren aufhört, auf **nichts** reduzirt, was in effectu dasselbe ist, als wenn ein Darlehnsschuldner verarmt. S. auch **Molitor**, Les obligations I § 279. **Pothier**, Traité de la vente § 307: „Lorsque l'obligation du vendeur est éteinte par une des manières naturelles, dont les obligations s'éteignent, l'acheteur n'a plus rien à lui opposer pour se défendre d'exécuter de son côté son obligation". — Gegen diese Ansicht hat

die Sache zur Disposition des Käufers zu erhalten, genügt und eine Assecuranz gegen Zufall nicht übernommen hat; übrigens aber es in den essentialibus negotii (der Verschiedenheit zwischen Geld und species) selbst liegt, wenn hier eine Ungleichheit eintritt, insofern die Geldforderung des Verkäufers nicht wie die des Käufers der Gefahr des Unterganges, sondern nur andern Gefahren (Insolvenz, Concurs, Flucht u. dgl.) ausgesetzt ist.

Vertragsmäßig ist das Rücktrittsrecht immer, mag es ausdrücklich vorbehalten sein (in diem addictio, lex commissoria und dgl.) oder stillschweigend vorausgesetzt [138]), wie z. B. der Rücktritt des Käufers bei Eviction eines execu-

---

sich zwar neuerdings Mommsen a. a. O. Bd. I S. 345 ff., 349 erklärt, indessen ist dieselbe unzweifelhaft richtig und bestimmt sich noch mehr dahin, daß der Kaufvertrag selbst schon in seinem Abschlusse die Vermögensänderung zwischen Käufer und Verkäufer bewirkt (actio als Vermögensstück, Brinz, Pand. I S. 361 f.), zumal der Verkäufer jetzt über die Sache nicht mehr disponiren kann, sondern sie für den Käufer bereit halten muß (poena falsi in L. 21 D. de lege Corn. de fals. (48. 10)!), so daß schon hierin, nicht in der aus gleichgültigen und zufälligen Gründen aufgeschobenen Tradition die Gegenleistung für den Kaufpreis gefunden werden darf. S. auch Girtanner, Die Stipulation (1859) S. 388 ff.

138) Eine wichtige Anwendung ist Art. 1184 der Code civil: „La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour les cas, ou l'une des deux parties ne satisfaira point à son engagement. Dans ce cas le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la resolution, avec dommages et intérêts etc." — Beim Kauf gründet sich die vertragsmäßige Rücktrittsklage, mag sie im Einzelnen a. ex vendito (l. 23 pr. D. 21. 1) oder a. redhibitoria heißen, auf die vertragsmäßige Garantie, im Gegensatze z. B. gegen den Rücktritt auf Grund eines einseitigen Anerkenntnisses L. 31 § 17 D. eod.

tionis modo verkauften Pfandes (L. 74 § 1 D. 21. 2); im Falle der laesio enormis (L. 2, L. 8 C. de rescind. vend. (4. 44), des Erwerbes der gemietheten oder gekauften Sache durch den Käufer oder Miether (Paullus R. S. II 17 § 8. L. 29 pr. D. 21. 2. L. 9 § 6 D. 19. 2. L. 9, L. 41 § 1 D. 21. 2), oder der Confiscation derselben (L. 33 D. 19. 2); auch der Rücktritt im Falle eines Veräußerungsverbots (c. 3 § 4 C. comm. de legat. (6. 43)) und dgl. [139]). Mögen diese Rücktrittsrechte nun auch ihrem endlichen Erfolge nach die Parteien wieder mehr oder weniger in den vorigen Vermögensstand [140]) setzen und da-

139) L. 74 § 1 D. 21. 2: „ex emto — — non quanti interest sed de pretio duntaxat ejusque usuris habita ratione fructuum.“ Paullus R. S. II 17 § 8: „ad pretium recuperandum actio ex emto“. L. 9 § 6 D. 19. 2: „non teneri me ex locatio ob pensionem. Sed de tempore praeterito .... si quid ante legati diem pensionis debeatur ...“ L. 33 D. eod.: „teneris ex emto ... hactenus — —, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes si quid pluris mea intersit eum (fundum) vacuum mihi tradi. Similiter circa conductionem .... ut mercedem, quam praestiterim restituas ejus scil. temporis, quo fruitus non fuerim, nec ultro actione ex conducto praestare cogeris“, c. 3 § 4 C. 6. 43: „adversus venditorem act. habet tantum ad restitutionem pretii rel.“. — S. über diese Stellen Mommsen a. a. O. I S. 34 N. 10 S. 261, 334 ff.

140) L. 23 § 7 D. de aed. ed. (21. 1): „judicium redhibitoriae actionis utrumque, et venditorem et emtorem quodammodo in integrum restituere debere, verb. mit § 1 eod.: ut uterque resoluta emtione (s. weiter unten im Text) nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset“ und L. 21 pr. eod. — Wenn in einem Rescripte von Diocletian und Maximian (c. 10 C. de rescind. vend. 4. 44) gesagt wird, es stehe dem betrogenen Verkäufer nicht die vindicatio gegen den, ad quem emtor dominium transtulit, zu, sondern nur die in integrum restitutio contra illum, cum quo contraxit — so ist damit auch nur die Contractklage (a. ex emto ad resolvendam emtionem L. 11 § 5 D. 19. 1) ihrem äußeren Erfolge nach bezeichnet. Die wirkliche

durch auch die Unschädlichkeit des Vertragsabschlusses (Aufhebung der Bereicherung) herbeigeführt werden, so sind sie doch von der in integrum restitutio sowohl als von den Condictionen[141]) total verschieden, insofern sie die Wirksamkeit und Gültigkeit des Vertrages voraussetzen, also nothwendig geradezu auf Anerkennung desselben ge-

---

in integrum restitutio kann sehr wohl auch in rem gehen. S. oben S. 195 f. Anm. 43.

141) Vergl. l. 9 pr. D. de R. C. 12. 1: „certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto !! dazu aber v. Savigny, Syst. V Beilg. XIV S. 578 ff., Puchta, Cursus der Instt. § 165 Note kk; auch v. Keller, D. Röm. Civilproceß § 88 S. 388, Reinhardt im Archiv für civil. Praxis Bd. 29 S. 241 ff. — Die Stelle bezieht sich wohl nur auf das Formelwesen (Gebrauch der intentio „dare oportere", s. oben Anm. 83). Jedenfalls haben die römischen Juristen trotz dieser angeblichen Concurrenz zwischen den Contractklagen und der sogen. „condictio generalis" die Vertragsklagen fort und fort mit Aufwand ihres ganzen Scharfsinnes von den Condictionen unterschieden (s. Anm. 122), während die moderne Jurisprudenz hier in Gefahr kommt, sich auf Kosten ihres guten Namens das Leben zu leicht zu machen. Es ist hierbei zu erinnern, daß jene Concurrenz bei den Innominatcontracten auf einer dem römischen Recht durchaus eigenthümlichen historischen Entwickelung der Lehre von der civilis causa beruhte. Für das heutige Recht gilt Folgendes: 1) die echten Condictionen (s. ob. Anm. 83 a. E.) concurriren niemals mit Vertragsklagen, wohl aber können 2) Eigenthumsansprüche auf dare oportere (unter dem Namen condictio s. ob. § 13 f.) mit Geschäftsklagen (z. B. aus Depositum, Commodat, Societät, Vormundschaft, Geschäftsführung) zusammentreffen, insofern der Verpflichtete die Klage im Vindicationsproceß durch Veruntreuung der herauszugebenden Sache unmöglich gemacht hat L. 13 § 1 D. 16. 3, L. 4 § 1 D. 12. 1; L. 28 § 4 D. de jurejur. (12. 2), L. 5 D. de tutel. (27. 3) (und darüber v. Savigny, Syst. V S. 518 ff. S. 566. 586). Auch neben Delictklagen kommt die condictio in dem angegebenen Sinne vor, z. B. neben der actio legis Aquiliae und actio furti.

hen. Der Vertragszweck bildet ihre Grundlage, da hier die Vereitelung desselben geltend gemacht wird, um daraus herzuleiten, daß zur Aufrechterhaltung des eventuellen Vertragswillens nunmehr die Rückgängigmachung der eingetretenen Vermögensänderungen unumgänglich geworden ist.

Dies ist auch die Auffassung der römischen Juristen, wenn sie z. B. sagen: „Redhibitionem quoque contineri emti judicio“ (L. 11 § 3 D. 19. 1). „Utilem esse actionem ex emto etiam ad distrahendam emtionem“ (§ 6 ib.). „Interdum ad hoc ex locato agetur, ut quis locatione liberetur“...; „ex conducto nihil amplius eum consecuturum, quam ut locatione liberetur“ (L. 15 § 9 D. locati (19. 2)).

Wenn wir es nun, wie ihrer Zeit die römischen Juristen, noch heute nicht für unnütz halten dürfen, besonders hervorzuheben, daß auch die Geltendmachung dieser Kehrseite des Vertrages (der Rücktrittsrechte) ein Vertragsrecht ist, so hat dies zum Theil darin seinen Grund, daß noch neuere Romanisten seltsamer Weise behaupten: „in dergleichen Fällen müßte die Klage consequent eine condictio sine causa sein“ oder „es werde durch die Contractsklage hier bloß eine condictio oder actio doli vertreten“ 142). Es kommt aber hinzu, daß hier die juristische Auffassung allerdings mit der naiven und unmittelbar practischen Ausdrucksweise des gemeinen Lebens im Kampfe ist, welcher gegenüber sich schon die römischen Juristen bemühen, die Sache in das rechte Licht zu stellen.

So bemerkt Ulpian in Bezug auf die gemeinübliche Formel der lex commissoria („si in diem .... pecunia

---

142) S. die oben Anm. 123 citirten Schriftsteller.

soluta non erit, res inemta esto“) in l. 4 pr. D. de lege commiss. (18. 3):

„Si fundus lege commissoria venierit, h. e. ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemtus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta sunt itemque si deterior fundus effectus sit facto emtoris? — Et quidem finita est emtio, sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis Antonini et Divi Severi declaratur.“

Der Jurist beruft sich hier, wie wir es auch heute zu thun pflegen, auf die neusten Rescripte als ganz frische Autoritäten, deutet aber zugleich an, daß die Jurisprudenz mit der Frage längst auf's Reine gekommen sei; und in der That lesen wir in Pomponius lib. IV ad Sabinum (L. 6 § 1 D. 18. 1), daß aus einem Kaufvertrage über ein Grundstück dem auf Grund der lex commissoria zurücktretenden Verkäufer wegen verschiedener für diesen Fall im Vertrage vorbehaltener Leistungen (Ersatz der ganzen Früchte und des bei späterem Verkaufe erlittenen Ausfalls) die actio venditi gegeben wird. Dadurch — sagt der Jurist — daß in dem Contracte steht, der Vertrag solle aufgehoben sein („ut fundus inemtus fieret, et ut inemto eo facto.... fructus restituerentur“), dürfe man sich ja nicht irre machen lassen: „Nec conturbari debemus eo, quod „inemto fundo facto“ dicatur, actionem ex vendito futuram esse; in emtis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est, et cum in lege id dictum sit, apparet, hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori pecunia ad diem non

soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio emti et venditi utrinque solveretur."

Es braucht kaum gesagt zu werden, daß diese Auseinanderſetzung für alle, sei es als accidentalia oder als naturalia negotii, vorbehaltenen Rücktrittsrechte gleich richtig ist und die wissenschaftlich allein mögliche Auffassung derselben enthält. — Aus den wiederholten Erörterungen der römischen Juristen über diesen Punkt darf geschlossen werden, daß es damals an Mißverständniß nicht fehlte. Ebenso haben es die Verfasser des Code Napoléon nicht für überflüssig gehalten, ausdrücklich zu sagen, daß die condition résolutoire nicht zur Aufhebung des Vertrages führe. („Dans ce cas le contrat n'est point résolu de plein droit". Ob. Anm. 138.)

Im Preußischen Landrechte haben wir sogar den Fall vor uns, daß der Gesetzgeber selbst sich mit Vorliebe der populären Ausdrücke, der Vertrag ist „aufgehoben", „ungültig", „unverbindlich" zur Bezeichnung von Rücktrittsrechten bedient [143]), — durch welche nur die Pflicht zur Erfüllung aufgehoben wird. — Bei Anwendung dieser Vorschriften muß die Praxis und bei Auslegung derselben die Wissenschaft der Ermahnung des Pomponius, sich durch die landläufigen Ausdrücke nicht irre machen zu lassen, eingedenk bleiben. Jene Ausdrücke beziehen sich, wie gesagt, nur auf die Pflicht zur Erfüllung in dem Sinne, daß der Wegfall derselben in gewissen Fällen gerade eine Wirkung und Consequenz des (ausgesprochenen oder durch das dispositive Recht fixirten) Con-

---

143) S. z. B. § 85 Tit. 4; § 364 § 408 vergl. mit § 410, §§ 416, 418 Tit. 5; § 100 Tit. 11 Thl. I des Allg. Preuß. Landrechts.

tragswillens ist, so daß der Zurücktretende, wollte er sein Rücktrittsrecht geltend machen und dabei den Vertrag nicht als bestehend und gültig anerkennen, ihn vielmehr im Ernste für aufgehoben und unverbindlich erklären, sich damit selbst widersprechen, sich den Boden unter den Füßen wegziehen würde. —

Blicken wir nunmehr auf das Gebiet des Eigenthums (§§ 12 bis 14) zurück. — Wir haben gesehen, wie dort das Eigenthumsrecht verschiedene Ansprüche erzeugt, für welche, wenn man diesen ihren wahren Rechtsgrund übersieht, sich keine anderen Grundlagen finden lassen, als vage Billigkeitsrücksichten, welche hier unter dem Titel des Fundaments der Bereicherung oder des grundlosen Habens auftreten — und zwar sehr überflüssiger Weise, da es sich eben um Geltendmachung von Eigenthumsansprüchen handelt. — Ebenso hier. Die Vorstellung, daß nicht der Vertrag Grund des Rücktritts von demselben sei, sondern umgekehrt der Rücktritt Folge seiner Aufhebung, führt unabweisbar zu der Annahme, daß der Regulator für die Ausführung des Rücktritts, für die Rückgängigmachung der eingetretenen Vermögensveränderungen, ebenfalls nicht mehr in dem speciellen Vertragsrechte, sondern in einem selbstständig daneben stehenden allgemeinen Billigkeits- und Ausgleichungsprincipe zu suchen sei, insbesondere in dem Satze, „daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichern dürfe". Wiederum sehr überflüssig, da letzterer Satz im Vertragsrechte überhaupt nur in dem oben S. 255 f. bezeichneten Sinne, d. h. als Consequenz des concreten Vertragszweckes zur Anwendung kommt und sich die Rücktrittsrechte gleichermaßen aus der Analyse des Vertragswillens selbst ergeben. —

Wir haben es leider (s. Anm. 122. 123) nicht für überflüssig erachten dürfen, jener falschen Vorstellung in einer

etwas eingehendern Erörterung entgegenzutreten, wenden nun aber unsern Blick nach einer andern Seite.

§. 18.

Der äußere Erfolg: Herstellung eines frühern Vermögenszustandes, wiederholt sich:

1) bei den Vertrags-Rücktrittsrechten. Hier liegt ein Anspruch ex contractu vor, welcher durch das specielle Vertragsrecht geregelt wird.

2) bei der in integrum restitutio. Hier liegt der Grund ganz außerhalb des concreten Rechtsverhältnisses in gewissen „abnormen Zuständen" (v. Savigny, Syst. Bd. VII S. 248 ff. S. 270 ff. — s. ob. S. 196), welche eine Beziehung auf das fragliche Recht oder Rechtsverhältniß überhaupt erst dadurch erhalten, daß sie im einzelnen Falle als causa in integrum restitutionis anerkannt werden. Ebenso ist maßgebend für den Gegenstand und Umfang der Restitution lediglich ein äußerer Zweck, welcher bald mit geringerem bald nur mit größerem Kraftaufwande erreicht werden kann[144]): die Aufhebung der materiellen, aber formell fehlerlosen Ungerechtigkeit und Härte (laesio) im Interesse einer höheren Gerechtigkeit[145]). Wie

---

144) Ausdehnung der Restitution auf ganz unschuldige dritte Personen, d. h. Rescission eines Eigenthumsverlustes, wenn die bloße Rescission des Vertrages wegen Insolvenz des Mitcontrahenten nicht zum Ziele führt. S. ob. S. 197 Anm. 44.

145) Daher charakterisirt sich die in integrum restitutio als ein in steter Selbstvernichtung begriffenes Aushülfeinstitut, dessen Lebenskraft neben dem geordneten Rechte wesentlich durch die Verbindung richterlicher und gesetzgeberischer Gewalt in der Person römischer Magistrate bedingt war; weshalb denn auch das Institut in neuern Gesetzgebungen theils gar nicht, theils nur dem Namen nach Auf-

energisch hier der Unschädlichkeitsmaßstab hervortritt (c. 1 pr. C. de reputt. quae fiunt 2. 48), ist schon oben S. 195 f. besprochen worden.

3) bei den Condictionen. Hier erfolgt — abgesehen von den dem jus cogens (§ 19) resp. dem Eigenthumsrecht (§§ 12 ff.) angehörigen Fällen — die Restitution auf Grund einer einseitig übernommenen Verbindlichkeit, ist also naturale eines Rechtsgeschäfts und hat insofern allerdings weit mehr Verwandtschaft mit den vertragsmäßigen Rücktrittsrechten als mit der technisch sogen. in integrum restitutio.

So führt uns der Gesichtspunkt der Restitution auf das nach dem Plane des § 11 zuletzt zu betrachtende

C. Gebiet der Condictionen und der einseitigen Rechtsgeschäfte überhaupt,

für dessen Betrachtung es als maßgebendes Princip aufgestellt worden ist, daß die Verpflichtung des Handelnden, dessen, der die Obligation zu Stande bringt (qui negotium contrahit), nicht weiter ausgedehnt werden darf, als sie von ihm übernommen ist.

Bezüglich des Begriffs „einseitiges Rechtsgeschäft" sind einige Vorbemerkungen nothwendig. — Unter den Thatsachen, aus welchen Obligationen entstehen, pflegen Willenserklärungen und Delicte als besonders wichtig hervorgehoben zu wer-

---

nahme gefunden hat. S. v. Savigny a. a. O. S. 113 ff. 148 f.; vergl. z. B. Art. 2252 des Code civil und §§ 531 ff., 594 Th. I Tit. 9 Allg. L.-R. — Cumulation des judic. rescindens und rescissorium s. Göschen, Vorles. I S. 541, v. Savigny a. a. O. S. 230. 237; auch den Rechtsfall in Striethorst, Arch. Bd. 22 S. 169.

den. Verbindlichkeiten, welche sich nicht auf eine Willenserklärung zurückführen lassen, sind uns obligationes ex lege, während in der allerdings schwankenden und unvollkommenen Systematik der Römer neben den Vertrags- und Delictobligationen „zwei Absurditäten erster Größe“ figuriren [146]), nämlich die sogen. oblig. quasi ex delicto und quasi ex contractu [147]). Diese Mangelhaftigkeit des Sy-

146) So Weber, Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit (5. Ausgabe 1825) S. 11 f. und über das Mangelhafte der römischen Systematik ebenda S. 52 ff. 77. Vergl. dazu Gaius, L. 1 D. de O. et A. (44. 7): „Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris“ (vergl. mit desselben Instt. III § 88 und seine Darstellung der Lehre von den obl. quasi ex contr. in L. 5 D. 44. 7). — Ferner Modestin in l. 52 eod.: „Obligamur aut re, aut verbis aut simul utroque, aut consensu, aut lege aut jure honorario, aut necessitate aut ex peccato“. — Justinian in den Instt. de oblig. (III 13): „quatuor species. . . . Aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio“.

147) Weber a. a. O. S. 61 ff. Anm. 1 spricht sich ausführlich über die Ungereimtheit des hieraus entstandenen Terminus „Quasicontract“ aus, unter Hinweis auf einige Analogieen, z. B. das quasipignus aus l. 13 § 3 D. 19. 1, den quasimaritus aus L. 32 § 27 D. de don. int. vir. et ux. und die quasivulnera aus Cicero in Verrem II 187. Hinzuzufügen ist der tutor quasisuspectus aus L. 7 § 1 D. und § 5 Instt. de susp. tutorib. und das quasifalsum aus L. 27 § 1 D. de lg. Cornel. de fals. (48. 10). S. m. diss. „criminis falsi q. fuerit indoles in jur. Rom.“ (1854) p. 6 sqq. — Weber definirt die sogen. Quasicontracte als „Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältnissen entspringen, welche gewöhnlich einen Contract erfordern, in gewissen Fällen aber ohne Contract, ohne alles Versprechen und Zusage eben die Wirkung haben, als ob die Contracte, mit dessen Gegenstande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich geschlossen wären“. — Der Definitionsversuch ist als solcher mißlungen; er ist nur die Beschreibung einer Wirkung durch Hinweis auf ihre normale Ursache, und mehr soll auch der Ausdruck oblig.

stems hängt unseres Erachtens mit einer durchaus nationalen Eigenthümlichkeit der römischen Rechtsanschauung zusammen.

Mit Recht ist mehrfach darauf aufmerksam gemacht worden, daß die Römer im Obligationenrecht ein entscheidendes Gewicht auf das Recht des Gläubigers legen, welcher sich den Willen des Schuldners unterwürfig macht (legem dicit) und demnächst den Widerstrebenden am Bande (vinculum juris) festhält. Es scheint, daß der Grundtypus des römischen Sachenrechts, der Occupationscharakter (das manu capere)[148]) von den Römern in der Weise auf das Gebiet des Obligationenrechts übertragen worden ist, daß auch hier der Erwerber die Initiative hat, dem Schuldner die Verpflichtung gewissermaßen aufdrängt oder doch abfragt. So erscheinen hier als Seitenstücke der Eroberung und Erstreitung fremder Sachen, der mancipatio und in jure cessio, auf dem Gebiete des Obligationenrechts, das nexum, die stipulatio und das nomen facere[149]). Es braucht kaum erwähnt zu werden, wie durch diese Grundanschauung der weitere Ausbau des Obligationenrechts beeinflußt wird. Die bloßen Consensualcontracte erscheinen schon als vom Bedürfniß abgedrungene Ausnahme; die breite Regel ist das Abfragen des Versprechens bei der stipulatio und das Dictiren der zu übernehmenden Verpflichtungen bei Gelegenheit einer Leistung (res

quasi ex contr. nicht sagen; ein Rechtsinstitut bezeichnet er nicht. — S. unten N. 151, 152. Nach Savigny, Obl.-R. II S. 2 ff. hat der Ausdruck den historischen Sinn des Gegensatzes gegen die nach altem Civilrecht klagbaren Verträge.

148) Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren S. 338. 340 f.

149) Kuntze a. a. O. S. 44, S. 261, S. 340 ff. und derselbe im Archiv für d. Wechselrecht VIII S. 405 f. 410.

— lex dationi dicta). Die Fälle, wo eine Verbindlichkeit ganz ohne Mitwirkung des Gläubigers entsteht oder doch, ohne daß ihm die Absicht einer Verpflichtung zugeschrieben werden kann, finden in diesem System theoretisch keinen Platz und keine Rechtfertigung; die Pollizitationen stehen scheinbar vereinzelt und haltlos da; durch die vorgebliche Unentbehrlichkeit der Mitwirkung des Gläubigers ist der Vertrag zur normalen Entstehungsart der obligationes ex negotio überhaupt erhoben.

Während so die unbestreitbare Thatsache, daß, wenn Verbindlichkeiten erst eingegangen, übernommen werden sollen, es doch vor Allem auf den guten Willen und die Erklärung des Schuldners ankommt, in den römischen Geschäftsformen äußerlich in den Hintergrund tritt, legt das deutsche Recht ganz im Gegentheil und mit Recht das Hauptgewicht auf die vom Schuldner übernommene Verbindlichkeit. Auf die Pflicht, das Versprochene zu halten, wird auch die Gültigkeit der Verträge zurückgeführt [150]. Daß dieser Gesichtspunkt der richtige ist, ergiebt sich aus der einfachen Betrachtung, daß die Zustimmung und Annahme des Versprechens durch

---

150) Sächs. Landrecht Bd. I Art. 7: „Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden, unde wat he dut, dat sal he stede halden" und ebenso Schwäb. Landr. a 11. — Freiburger Stadtr. v. 1520 fol. 39: „Welcher dem andern etwas mit Bedachtlichkeit zusagt, es sig mit bloßen worten, oder andern zusagungen, die wort sigent wie sy wöllen, so soll der ihm der zugesagt hat, sie zusagen halten, und mag mit Recht darzu gezwungen werden, denn es gepürt sich menschlicher erbarkeit, das man glauben halte, es wer denn das zusagen umb unehrlich sachen." Vergl. Schmidt, Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte (1853) I § 29, Beseler, Syst. des gem. deutsch. Privatrechts II S. 284.

den Gläubiger diesem nicht helfen könnte, wenn dem Willen des Schuldners nicht an sich die Fähigkeit zugeschrieben würde, sich — sei es schlechthin, sei es unter gewissen Voraussetzungen — unwiderruflich zu binden. Dies vorausgesetzt, erscheint die positive Mitwirkung, der Consens des Gläubigers grundsätzlich durchaus nicht als unentbehrlich und es ist nicht zu verkennen, daß der von Gaius (in L. 37 D. de N. G. 3. 5) zunächst rücksichtlich der Bezahlung fremder Schulden ausgesprochene Satz:

„Naturalis simul et civilis ratio suadet alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse“

eine ganz allgemeine Wahrheit ist. — Eben deshalb hat es auch bei den Römern an der practischen Durchführung nicht gefehlt; wie es aber mit der theoretischen stand, das zeigt am anschaulichsten die Lehre von den noch jetzt sogen. Quasicontracten. Der Ausdruck obl. quasi ex contractu [151]) (nicht ex quasi-contractu) hat durchaus keine wissenschaftliche, sondern die rein practische Bedeutung, daß eine beliebige rechtliche Thatsache (z. B. litis contestatio, jusjurandum, communio incidens, aditio hereditatis) schon an sich so wirkt, wie nur ein Contract wirken könnte [152]). Die innere Natur jener Thatsachen soll

---

151) Von dem Weber'schen Versuche, diese obligationes zu definiren, ist schon in Anm. 147 die Rede gewesen. Im Einzelnen qualificirt er (a. a. O. S. 19. 21 ff. 87) die negotiorum gestio, votum und pollicitatio als (erlaubte) verbindliche und einseitige Handlungen (besser: einseitige Rechtsgeschäfte; s. unten im Text); das Verhältniß des Erben zu den Vermächtnißnehmern und den Empfang einer Nichtschuld als obligationes ex lege.

152) So haben Litiscontestation und Urtheil die Kraft einer

damit nicht im Geringsten bezeichnet werden, sondern nur die äußere Wirkung, — und dies geschieht von dem eigenthümlich römischen Gesichtspunkte aus, daß der Vertrag der normale Entstehungsgrund der Obligation sei.

Bei näherer Betrachtung ergiebt sich, daß jene Thatsachen größtentheils Willenserklärungen sind und werfen wir einen Blick auf den Zusammenhang, in welchem z. B. Gaius, — dessen Darstellung in L. 5 D. de O. et A. (44. 7) und in Lib. III tit. 27 der Institutionen aufgenommen ist — jene Lehre verträgt, so finden wir als gleichartig folgende Fälle zusammengestellt:

a) die Uebernahme einer Geschäftsführung („suscipere, invadere aliena negotia"), wobei hervorgehoben wird, daß sich dadurch der Geschäftsführer zur äußersten Diligenz und zur sorgfältigen Rechnungslegung verpflichte § 1 Inst. l. c. — „Contractus" wird dieses Geschäft genannt (L. 16 D. N. G. 3. 5), weil „actiones proditae sunt, quibus invicem experiri possunt de eo, quod ex fide bona alterum alteri praestare oportet", aber dennoch ist ein Contract im gewöhnlichen Sinne nicht vorhan-

Novation L. 3 § 11 D. de pecul. (15. 1): „sicut stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi; proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati veluti obligationem" (s. v. Keller, Röm. Civilproceß § 62). Die Eidesdelation hat die Kraft eines Vergleichs L. 5 § 2 D. eod. „quasi contractum sit", L. 2 D. de prejud. (12. 2): „Jusjurandum speciem transactionis continet" (v. Keller a. a. O. § 64 und die dort cit. Stellen). Die Annahme einer Nichtschuld als „Zahlung" wirkt wie ein Darlehn u. s. f. — Die wissenschaftliche Bezeichnung des Grundes dieser Wirkung hat die römische Jurisprudenz für überflüssig gehalten, wie sich am Klarsten aus der öftern Wiederholung der naiven Phrase ergiebt, „quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur". S. jetzt auch Kunze im Archiv für d. Wechselrecht VIII S. 406.

den: „Neque enim is qui gessit, cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est, sine mandatu suscipere negotiorum administrationem“ — L. 5 pr. D. de O. et A. (44. 7);

b) die Uebernahme einer Vormundschaft s. § 2 Instt. l. c. und L. 5 citt. § 1: „Tutelae quoque judicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur [153]; sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur.“ Hier contrahirt der Pupill also nicht, so wenig als an seiner Statt der Testator oder Richter; aber das negotium kommt, wie ad a allein durch die Thätigkeit resp. Erklärung des gestor (s. § 10), so hier allein durch die Willenserklärung des Vormundes zu Stande. Dem steht nicht entgegen, daß vom Standpunkte des öffentlichen Rechts ein gewisser Zwang zur Eingehung dieses Rechtsgeschäfts stattfinden mag.

c) der Antritt der Erbschaft, durch welche sich der Erbe einseitig zum Schuldner der Legatare macht ohne das Zuthun der Letzteren, „nam neque cum defuncto, neque cum herede legatarius contraxisse quidquam intelligitur“; und wiederum werden wir mit derselben Naivetät wie zu a und b bedeutet, daß ein maleficium hier auch nicht gefunden werden könne L. 5 citt. § 2; conf. § 5 Instt. l. c. Das allein Verpflichtende ist die Willensbestimmung des Erben, welcher die Verbindlichkeit übernimmt (qui contrahit sibi obligationem). Auch

153) Die vom Vormunde zu leistende Caution setzt eine schon bestehende Verbindlichkeit voraus und dient nur als Grundlage für die satisdatio L. 1 § 2 § 6 D. 46. 5. L. 4 § 1 D. 46. 6.

den sonstigen Erbschaftsgläubigern gegenüber ist der Antritt ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch welches sie einen neuen Schuldner erhalten L. 3 § 3 L. 4 D. ex quibus causis in poss. (42. 4): „etenim videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem. Sed et is, qui immiscuit se, contrahere videtur".

Eine zustimmende Erklärung Seitens der Legatare und Erbschaftsgläubiger kann zu der Wirkung der Verbindlichkeit nichts hinzuthun und ist daher überflüssig.

d) Wer eine Sache oder Geldsumme als Bezahlung einer Schuld übernimmt, verpflichtet sich eben dadurch zur Restitution für den Fall der Nichtschuld, genau wie man in so vielen Fällen ex contractu für gewisse Fälle, insbesondere bei Vereitelung des Zweckes verpflichtet ist, sich den Rücktritt gefallen zu lassen (§ 17). — Es gehört dies eben zu den naturalibus des Rechtsgeschäfts der Zahlung: „plerumque enim accidit ut extra id, quod agitur, tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur" L. 13 § 2 D. commod. (13. 6) vergl. mit L. 11 pr. D. de A. E. V. (19. 1): „Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, qui tacite insunt hujus judicii potestate". — Wollte der Empfänger die eventuelle Restitutionspflicht nicht übernehmen, so müßte er nothwendig erklären, daß er den Gegenstand „als Bezahlung" zurückweise, ihn nur als Geschenk oder vergleichsweise annehmen werde; denn außer dem Falle der wirklichen Schuld, der Liberalität oder eines Vergleichs kann (abgesehen von der Existenz eines zweiseitigen Contracts) das Gegebene immer nur als geliehen angenommen werden. „Obligatur quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus." Die Willensbe-

stimmung des Gebers tritt dabei ganz in den Hintergrund, „qui enim per errorem solvit, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videtur“ L. 5 § 3 citt. 154).

Die soeben aufgeführten sogen. „Quasicontracte“ (!) sind also in der That nichts Anderes als einseitig übernommene Verbindlichkeiten, mit welchen die römischen Juristen wegen der mangelnden Mitwirkung des Rechtserwerbes systematisch nichts anzufangen wußten. Einstweilen mögen diese Fälle genügen als positiver Nachweis, daß aus einseitigen Verpflichtungen ohne Annahme Obligationen entstehen können. Die Unwiderruflichkeit einer einmal übernommenen Verpflichtung ist ein Princip, welches keineswegs gerade auf der Zustimmung oder Annahmeerklärung des Begünstigten beruht, sondern nur ganz im Allgemeinen auf der Annahme eines jus quaesitum; ein Princip, ohne welches ein Rechtsverkehr überhaupt nicht bestehen und Niemand der mit der Möglichkeit der Selbstverpflichtung verbundenen unermeßlichen Vortheile theilhaftig werden könnte. — Wo also das Bedürfniß vorhanden ist, kann auch auf Grund einer einseitigen (ernstlichen und, soweit nöthig, auf eine causa gegründeten) Erklärung ein Rechtserwerb für den Begünstigten angenommen werden; der Grundsatz der Unwiderruflichkeit: „Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam“ (L. 75 D. de R. J.

154) Völlig nichtssagend und die richtige Meinung des Gaius in l. 5 cit. verunstaltend ist die von den Compilatoren in § 6 Instt. 3. 27 gebrauchte Wendung, die Obligation entstehe „magis ex distractu“ (!). Zutreffend ist dagegen die wörtliche Fassung des Art. 1376 des Code civil: „Celui, qui reçoit par erreur au sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui, de qui il l'a indûment reçu.“

(50. 17)) ergiebt sich sodann als Consequenz dieser Annahme von selbst.

Ja noch mehr; die Mitwirkung des intendirten Gläubigers erscheint eigentlich nur da recht wesentlich und unentbehrlich, wo es sich darum handelt, daß — auch er Schuldner werden soll, — denn wie schon oben bemerkt: „Naturalis simul et civilis ratio suadet, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse“; — oder aber bei einseitigen Verträgen (mandatum, pignus, depositum, commodatum), um die Verbindlichkeit fester zu begränzen oder auch wohl auf ein minus zurückzuführen; genauer: um die Annahme auszuschließen, daß eine umfassendere Verbindlichkeit vom Schuldner einseitig übernommen sei. — Aus der einseitigen Uebernahme fremder Geschäfte entsteht im Ganzen genau dasselbe Verhältniß, wie bei der beauftragten Geschäftsführung, nur ist hier die Stellung des Verpflichteten in Folge des Auftrages eine günstigere, insofern die auftragsmäßig geführten Geschäfte vom dominus nicht abgelehnt werden können. Ganz denselben Effect hat aber auch die nachgehende Genehmigung (s. ob. S. 221) [155].

Die Verpflichtungen des Geschäftsführers hat auch der, welcher — wenn auch mit concurrirendem eigenem Interesse — fremde Sachen zum Zwecke der Verwahrung, Verwaltung und demnächstigen Rückgabe in Besitz nimmt, soweit ihm dieselben nicht von dem Berechtigten erlassen werden; ein solcher Erlaß kommt z. B. rücksichtlich der cu-

155) Vergl. L. 12 § 9 D. 17. 1: „Erit contraria mandati actio, etsi rem emtam nolis recipere.“ L. 9 pr. D. 3. 5: „Quemadmodum quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato habere, ita omne quod ab ipso probatum est“ und ausführlich ob. Anm. 69.

stodia und diligentia als accidentale beim Commodat, als naturale beim Depositum vor[156]) (L. 5 § 2 sqq. § 10 D. commod. (13. 6); L. 1 § 8 § 10 D. depos. (16. 3); rücksichtlich der Pflicht zur Rückgabe als naturale beim Pfandvertrag für den Fall, daß es zum Verkaufe des Pfandes kommt und nur der Ueberschuß des Erlöses herausgegeben zu werden braucht (L. 42 D. de pign. a. 13. 7) und bei der Uebergabe verbrauchbarer, nicht fungibler Sachen zum Nießbrauch, insofern der Nießbraucher für die durch den gewöhnlichen Gebrauch herbeigeführte Abnutzung nicht haftet (L. 15 §§ 4 und 5 D. de usufr. (7. 1); L. 9 § 3 D. usufr. quemadm. (7. 9)) [157]). — Die Pflichten des Pfandbesitzers entstehen übrigens auch ganz ohne Pfandvertrag[158]), die Pflichten des Commodatars, auch wo der Verleiher den Umständen nach gar nicht die Absicht hatte, den Empfänger

---

156) Das Ansinnen des Deponenten, daß der Andere seine Sache nur aufbewahren möge, aber unentgeldlich, begründet die Annahme, daß sich der Depositar zu keiner positiven Sorge und Geschäftsführung habe verpflichten wollen.

157) Hierbei mag erwähnt werden, daß das „utendum dare“ (L. 1 § 1 D. 13. 6) nicht Uebernahme einer positiven Leistung, etwa der Prästation das uti frui licere ist, sondern nur Verzicht auf den eigenen Gebrauch (insoweit Wegfall das furtum usus) und auf das Recht beliebig, etwa wie von einem bloßen Verwalter und Procuristen Rückgabe verlangen zu können (L. 17 § 3 D. eod.); — ferner daß auch bei an sich bloß dinglichen Verträgen, z. B. Bestellung des usus oder ususfructus, der Besteller einseitig obligatorische Verbindlichkeiten übernimmt L. 1 pr., L. 5 § 1 § 3, L. 11 D. usfr. qmadm. caveat (7. 9). Die Uebernahme der Cautionsleistung ist naturale negotii. Aus Nützlichkeitsgründen eingeführt (L. 1 § 5 D. eod., L. 13 § 2 D. 7. 1) giebt sie die Grundlage für die satisdatio L. 13 pr. D. 7. 1; c. 4 C. 3. 33, L. 7 pr. D. 7. 9.

158) L. 5 § 21 D. ut in possess. legator (36. 4). L. 34 D. de damno inf. (39. 2).

zu verpflichten [159]). Es tritt hier die Einwirkung des Gläubigers ganz zurück und beruht die ihm gleichwohl zugesprochene a. pignoratitia und commodati wesentlich auf der einseitig übernommenen Verbindlichkeit.

§ 19.

Ehe wir nun auch die Condictionen aus dem Gesichtspunkte des einseitigen Rechtsgeschäfts näher betrachten, ist noch in Kürze auf einige wichtige Consequenzen des Grundsatzes von der Verbindlichkeit einseitiger Rechtsgeschäfte [160]) und der Auffassung der oben genannten vier oblig. quasi ex contractu als solcher Rechtsgeschäfte aufmerksam zu machen. Es ergiebt sich nämlich erst aus jenem Grundsatze die Möglichkeit der Verpflichtung gegenüber einer unbekannten oder sogar unbestimmten Person, wie denn z. B. der Geschäftsführer zur Diligenz verpflichtet wird gegenüber demjenigen, den die Geschäfte thatsächlich angehen: „ad quem pertinent", woraus wiederum von selbst folgt, daß ein Irrthum in der Person des do-

159) L. 14 D. 13. 6: „Si servus meus rem meam tibi scienti nolle me tibi commodari, commodaverit, commodati et furti nascitur actio". L. 13 § 2 D. eod.: „Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus an habeam commodati actionem ..... „nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri; plerumque enim occidit, ut extra id, quod agitur, tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur."

160) Dieser Grundsatz wird hier keineswegs als ein absoluter, sondern nur als ein hypothetischer vorausgesetzt. Das einseitige Rechtsgeschäft ist Obligationsgrund, soweit es im positiven Recht als solcher anerkannt ist, gerade wie die Verbindlichkeit der Verträge ebenfalls nur hypothetisch ist (civilis causa, Formvorschriften, Rücktrittsrechte u. s. f.).

minus unerheblich sein muß [161]). Aus demselben Grundsatze erhellt sofort, wie es kommt, daß (anscheinend) aus Verträgen Klagerechte für dritte unbetheiligte Personen entstehen können [162]); in der That ist hier

---

161) S. L. 5 § 1 D. 3. 5 in Verb. mit L. 6 § 11 eod. Auch sonst weiß der Geschäftsführer nicht im Voraus, ob er nicht mit ganz andern Personen, z. B. den Erben des Abwesenden, zu thun haben wird § 1 Instt. 3. 27, L. 61 D. h. t., L. 5 pr. D. 45. 1 und Wächter im Archiv für civil. Praxis Bd. 20 S. 346 f.

162) Es kann z. B. Jemand ganz ohne sein Zuthun (absens et ignorans) die actio mutui und depositi erwerben, indem ein Dritter auf seinen Namen („ut ei redderetur, solveretur") eine Summe als Darlehn oder eine Sache in Verwahrung giebt [Darlehn: L. 9 § 8 D. de R. C. (12. 1); c. 4 C. si certum pet. (4. 2), L. 35 § 2 D. de donat. (39. 5), L. 126 § 2 D. de V. O. 45. 1; c. 2 C. per quas pers. (4. 27). Depositum: c. 6. C. de d. i. vir. et ux. (5. 16)]. — Die Lehre von der Stellvertretung erklärt den Satz nicht durchweg, denn nach c. 4 citt. ist die Klage von selbst erworben, auch wenn die beabsichtigte Stellvertretung reprobirt wird. Als Princip stellt hier Jhering (in diesen Jahrbüch. Bd. II S. 100 ff. 110) auf, überall, wo auf Grund eines dare eine Verpflichtung zur Herausgabe entstehe, hänge es von dem Geber ab, durch Vornahme des dare auf den Namen eines Andern Letzterem die Forderung zu erwerben. — Worauf beruht es aber, daß eine Verpflichtung zur Herausgabe überhaupt entsteht, wo der Geber für sich kein Recht erwerben will und unabhängig davon, ob er Stellvertreter des Dritten ist? — Darauf, daß seine Erklärung nicht der Obligationsgrund, sondern in der That nur die Veranlassung für die Empfänger ist, die Pflicht zur Herausgabe an den Dritten zu übernehmen, wie dies bekanntlich außer beim Darlehen und Depositum auch sonst mehrfach vorkommt, z. B. beim Empfang einer Zahlung Namens eines Dritten (L. 6, 47, 57 pr. D. de cond. indbt. (12. 6), beim Verkauf eines Pfandes mit Vorbehalt des Wiedereinlösungsrechts für den Schuldner (L. 13 pr. D. de pign. act. (13. 7), vergl. L. 7 § 1 D. de distr. pign. (20. 5); Uebergabe von Sachen zum Gebrauch mit der Verpflichtung, sie dem Eigenthümer, Schenkung mit der Verpflichtung, sie einem Dritten herauszugeben c. 8 C. ad exhib. (3. 42), c.

die Verabredung nur causa (Veranlassung)] für die Uebernahme der Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten, das Recht des Dritten aber gar kein Recht ex contractu.

Ferner ergiebt sich aus der Auffassung der Vormundschaft und Geschäftsführung als einseitig übernommener Verbindlichkeiten der wahre Charakter der actio contraria, welche hier so gut wie bei Verträgen vorkommt, mithin auf den Consens überhaupt nicht zurückgeführt werden darf. — Man könnte es auf den ersten Blick widersinnig finden wollen, wie der Schuldner aus einer unbedingt und einseitig übernommenen Verbindlichkeit Gegenansprüche gegen den Gläubiger solle erwerben können; und in der That wird dies auch in den oben benutzten Quellen-Stellen Tit. 27 Instt. Lib. III; L. 5 D. de O. et A. (44. 7) gewissermaßen als

3 C. de donat. q. sub. modo (8. 55); Verpflichtung zur Rückgabe der dos an die Frau oder deren Kinder, deren Ascendent der Besteller ist L. 45 D. sol. matr. 24. 3, c. 7 C. de pact. conv. (5. 14), vergl. c. 4 C. eod. c. 26 C. de J. D. (5. 12). Vangerow, Pand. § 608 Anm. I Nr. 2, Arnds, Pand. § 246 Anm. 3. — Weit klarer tritt der angegebene Gesichtspunkt (Uebernahme von Verpflichtung an Dritte aus Veranlassung eines Vertrages) im deutschen Rechte hervor bei Erbverträgen, Ehestiftungen, Lebensversicherungen, Gutsabtretungen, Wechselacceptеn, Connossementen u. dergl. S. Runde in der Zeitschr. für deutsch. Recht III S. 18 ff., Mittermaier, D. Privatrecht § 272 Anm. 9 (II S. 4 f.), Beseler, System Bd. II § 120. — Wenn andere Gesetzbücher scheinbar allgemein den Rechtserwerb des Dritten von einer besonderen Beitrittserklärung abhängig machen — Code civile a 1121. Allg. Preuß. LR. §§ 74 ff. Th. I T. 5 — so ist dies ein Dogma, welches die Praxis doch, wo es nicht paßt, über den Haufen wirft, wie dies z. B. in Preußen rücksichtlich der Gutsüberlassungs-Verträge geschehen, s. Plenarbeschl. des Prß. Obertrib. v. 25 August 1846 (Pr. S. I S. 8, Entscheid. 14 S. 68) und besonders Präjd. v. 13. Dec. 1852 (Arch. für Rechtsfälle 8 S. 112).

etwas Auffallendes besonders hervorgehoben [163]). Die anscheinende Schwierigkeit beseitigt sich aber dadurch, daß der Schuldner sich hier wesentlich unentgeltlich verpflichtet (L. 5 § 12 D. 13. 6; L. 1 § 8 bis 10 D. 16. 3 § ult. Instt. III, 27) und also die actio contraria niemals auf eine eigentliche Gegenleistung geht, sondern nur als Correctiv da zur Anwendung kommt, wo die Grenze der übernommenen Verbindlichkeit überschritten worden ist (s. ob. S. 280), in welcher Beziehung hier auf das oben S. 219 ff. in Betreff der negotiorum gestorum actio contraria Gesagte verwiesen werden kann. Was durch die actiones contrariae eingefordert wird, ist keine selbstständige Gegenleistung, sondern bloßer Vorschuß, Abrechnung und Ausgleichung: „in contrariis agitur de calculo" L. 6 § 7 D. de his qui nott. infamia (3. 2), L. 18 § 4 D. comm. (13. 6), L. 8 § 2 D. N. G. (3. 5), L. 1 § 4 D. de contraria tut. (27. 4) [164]). Damit hängt es zusammen,

---

163) a. Negotiorum gestio: „Ultro citroque nascuntur actiones". . . . . „Ex qua causa ii, quorum negotia gesta sunt, etiam ignorantes obligantur. b. Tutela: „hoc casu mutuae sunt actiones, non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem"; . . . „habet contrariam tutelae actionem". — Mit demselben Nachdruck wird aber die a. contraria auch bei Verträgen hervorgehoben L. 17 § 3 D. commodati (13. 6): „Postquam commodavit . . . . retro agere atque usum . . . auferre impedit suscepta obligatio; quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit."

164) S. ob. Anm. 69. Bei den einseitigen Verträgen und Verbindlichkeiten, welche keine Schenkung enthalten, gelten die Grundsätze: 1) die übernommene Verpflichtung (Willensbestimmung des Schuldners) ist alleinige Richtschnur für die gegenseitigen Ansprüche; was sich auch bei den Verträgen, wiewohl hier der Wille des Schuldners mit dem des Gläubigers Eins geworden ist, in der

daß diese Klagen gegen Fähige wie Unfähige in gleichem Maße begründet sind. L. 3 § 5 D. N. G. (3. 5): „Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio. — Vergl. L. 21 § 1 eod. L. 1 pr. und § 2 D. de contr. (27. 4): „Receptum est, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate obligetur, ex administratione scilicet; . . . . et si curator sit vel pupilli, vel adolescentis vel furiosi vel prodigi, dicendum est, etiam his contrarium dandum judicium. Idem in curatore quoque ventris probandum est." — Handelt es sich dagegen um die actio directa, so ist entscheidend, daß der Unfähige die Verbindlichkeit nur nach Maßgabe der Unschädlichkeit übernehmen konnte L. 3 § 4 D. N. G. 3. 5, L. 1 § 2 bis L. 3 pr. D. commod. (13. 6).

So erklärt sich denn, wie die act. contrariae nicht weniger als die directae aus einem einseitigen negotium des Schuldners hervorgehen können. Zugleich muß, da wir so-

---

Interpretation des zweifelhaften Willens zeigt (L. 34 D. de R. J. (50. 17): „id quod minimum est", L. 38 § 18 D. V. O. (45. 1): „contra stipulatorem"). Insbesondere aber fallen 2) die auf den fremden Geschäften resp. auf der Substanz anvertrauter Sachen ruhenden Lasten und Kosten nothwendig dem dominus zur Last, weil sie vom Schuldner nicht übernommen worden sind; ihre Verauslagung ist immer nur Vorschuß und führt mit Nothwendigkeit die Berichtigung des Calculs durch Compensation oder die a. contraria als Correctiv herbei. S. z. B. L. 18 § 2 D. commod. (13. 6), L. 5 pr. D. depositi (16. 3): „contrarium judicium de indemnitate ejus, qui depositum suscepit". L. 45 § 2 D. de negot. gestis (3. 5): „aequum est, in damno eum non versari"; L. 2 i. f. eod.: „quidquid eo nomine vel abest, vel abfuturum est"; L. 31 D. de pign. act. (13. 7): „ut indemnem me praestet"; L. 15 D. mandati (17. 1): „ne damno afficiatur, qui suscepit mandatum". — S. auch L. 12 § 9 eod. L. 37 D. 22. 1.

eben von „Abrechnung und Ausgleichung" gesprochen haben, wiederum hervorgehoben werden, daß die actiones contrariae nicht auf die generalis ratio zurückgeführt werden, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichern dürfe. Vielmehr wird die Ungleichheit oder Bereicherung nur in dem Maße aufgehoben, als es bei dem concreten Rechtsgeschäfte an der Absicht des Schenkens und der Liberalität fehlt und aus diesem Grunde der Calkul berichtigt, d. h. im eigenen wohlverstandenen Interesse des Gläubigers (L. 1 D. 3. 5, L. 1 pr. D. 27. 4; L. 5 pr. D. 44. 7) der eigentlich beabsichtigte Zustand hergestellt werden muß; mit andern Worten der Unschädlichkeitsmaßstab, die indemnitas (s. Anm. 164) hat hier den besonderen Sinn, daß die suscepta obligatio auf ihre richtige Grenze zurückgeführt werden soll.

Es ist bereits angedeutet worden, daß, wenn die römische Jurisprudenz eine Reihe von Rechtsgeschäften in rein äußerlicher und harmloser Weise als „obligationes quasi ex contractu" rubrizirt, dies großen Theils durch die nationale Grundanschauung sich erklärt, daß der Vertrag und also Mitwirkung des Gläubigers das eigentlich Normale sei. Dagegen war es ein unentschuldbarer Fehler, daß man so lange Zeit jene Geschäftsobligationen auf Consens, welcher bald fingirt, bald präsumirt sein sollte, zurückführte (Anm. 165), um welche Anschauung sich die Literatur über negotiorum gestio zum Theil noch heute dreht (s. ob. Anm. 62).

Auch bei den Condictionen hat der consensus fictus oder praesumptus bekanntlich eine große Rolle gespielt [165])

---

165) S. Cocceji Jus controv. Lib. II tit. 14 qu. 12: An quasi contractus recte dicantur fieri conventione a lege praesumta vel

und zwar in dem Sinne, daß die Fiction des Consenses dazu dienen sollte, die Anwendung des Generalprincips der

---

ficta? Die gemeinrechtliche Theorie abstrahirt von dem Vorhandensein eines einseitigen Rechtsgeschäfts (s. Text S. 302 f.) und kennt nur Obligationen ex contractu oder ex lege. Natürlich gehören dann die sogen. Quasicontracte zu den letzteren. Gleichwohl soll das Gesetz (der römischen Terminologie zu Liebe) erst auf einem Umwege wirken, indem es einen Consens fingirt. Daraus ergiebt sich denn die Eintheilung in consensus verus (Contract) und fictus (Quasicontract). Die genauere Definition des letztern ist: „Consensus ex dispositione legis praesumtus vel fictus ad effectum producendi actionem". Hellfeld, Jurispr. forens I § 289 § 307. In § 291 wird dies dahin erläutert: „Praesumtus consensus, quia verus non est consensus sed fingitur, in eos quoque cadit, qui verum non habent consensum et consensu se obligare nequeunt (L. 46 D. 44. 7, L. 66 i. fin. D. 46. 3, L. 1 § 15 D. 16. 3!!). Fundamentum hujus consensus sunt regulae aequitatis 1) Nemo cum alterius damno fieri debet locupletior, 2) qui consentit in negotium, consentit etiam in ea, quae exinde necessario sequuntur." Dem gemäß erklärt Ludovici, Doctrin. Pand. Lib. 12 tit. 4 § 1, die cond. cs. data non secuta entstehe „ex naturali aequitate vel si mavis ex quasicontractu, ne scil. accipiens quidem sed promissum (!?) non implens cum dantis damno locupletior fiat (conf. tit. 6 § 1). Struv, Syntagm. Exerc. 18 § 30 (Lib. 12 tit. 6) sagt von dem, welcher irrthümlich eine Nichtschuld bezahlt, „expresse hoc agit ut, si postmodum indebitum appareat, id repetere velit", wozu Müller (additio γ) näher ausführt, wie die cond. indebiti gerade auf dieser stillschweigenden oder vielmehr präsumirten conventio beruhe. S. auch Boehmer, Introd. in jus Dig. Lib. II tit. 14 § 15, Weber, Lehre von der natürl. Verbindlichkeit S. 59. — Eine genügende Erklärung des Phänomens, daß gerade die stricti juris judicia (Condictionen) rein auf naturalis aequitas beruhen (!), wird vermißt. Nach Müller (l. c. add. d zu Struv, Exerc. 16 Nr. 38) wird selbst die cond. ex stipulatione von der naturalis aequitas producirt, welche in diesem Falle gerade fordere, daß geleistet werde: „quod quis serio et meditate verbis certa formula prolatis promisit". In dieser Weise lassen sich freilich auch das nexum und der Wechsel-

naturalis aequitas zu vermitteln, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichern dürfe. Die directe Zurückführung der Condictionen auf den letztern Satz, wie sie nach Vorgang vieler älteren Schriftsteller von Sell (in den Versuchen im Gebiete des Civilrechts Th. I § 34 § 35) durchgeführt worden, ist noch nicht gänzlich außer Uebung gekommen[166]. Gleichwohl hat sich hierüber bereits v. Savigny (System Bd. V S. 526) in zutreffender Weise ausgesprochen. „Man kann", sagt er, „auf die Condictionen auch den Ausdruck einer grundlosen Bereicherung des Andern aus unserm Vermögen anwenden, wenn nur der Begriff der Bereicherung auf eine gerade diesem Verhältnisse angemessene Weise beschränkt wird. Es kommt nämlich darauf an, daß dem Uebergange eines Rechts aus einem Vermögen in ein anderes die causa entzogen sei, oder stets gefehlt habe. So ist es beim Darlehen nach der Kündigung oder beim irrig bezahlten indebitum. Anders bei einem wohlfeilen Kauf, wobei zwar auch der Käufer auf Kosten des Verkäufers bereichert wird, jedoch ohne daß irgend ein Mangel in der causa wahrzunehmen ist, indem der hier obwaltende Irrthum gar

---

accept mit Leichtigkeit auf die bloße naturalis aequitas zurückführen.

166) S. sagt v. Holzschuher in dem 1858 erschienenen III. Theile seiner „Theorie und Casuistik" Cap. III unter der Ueberschrift: „Condictionen aus grundlosem Haben" in der Vorbemerkung: Die Herrschaft des Rechts könne ein Haben ohne rechtlichen Grund nicht dulden! weil — da einer mit dem Schaden des Andern sich bereichern würde! Das grundlose Haben sei von den römischen Juristen förmlich classifizirt worden u. s. w. — Dagegen: Occupation ist grundlose Bereicherung und — Eigenthumserwerb. Wodurch kann also hier eine Pflicht zur Herausgabe entstehen? Nicht durch die Grundlosigkeit, sondern durch den Rechtsgrund in der Person eines Andern, dem die Sache bereits gehörte, s. ob. S. 181 f. Anm. 29 und die hier folgenden Anm.

nicht die causa, d. h. den Rechtsgrund der Veränderung betrifft, sondern nur die materielle Werthschätzung, die ganz außer dem Rechtsgebiete liegt. Noch sichtbarer ist dieses bei der Schenkung, die stets eine Bereicherung in sich schließt und dabei auf bloßer Laune und Willkür oder auf irrigen Beweggründen beruhen kann, weshalb man sie für ein datum sine causa (grundlose Bereicherung) halten könnte. Allein das Juristische dabei ist lediglich die Absicht, zu schenken, in welcher selbst unter jenen Voraussetzungen kein Mangel erscheint u. s. f." (vergl. ebenda Bd. III S. 451; ob. S. 160). Hieran anknüpfend hat Erxleben (Die condictiones sine causa Abth. I S. 2 ff.) den Nachweis — zunächst für die cond. indebiti — zu führen unternommen, daß diese keineswegs unmittelbarer Ausfluß des Princips sei, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern dürfe. Er behauptet sogar, daß sich in den Quellen auch nicht die leiseste Andeutung finde, daß die Condictionen aus jenem Grundsatze abgeleitet oder abgeflossen seien [167]). — Was aber die positive Seite der

167) S. besonders a. a. O. S. 4 ff., 188 ff., 194, 211. Andere Bestimmungen meint Erxleben (a. a. O. S. 196 ff.) denn doch wieder nicht anders als aus dem Gesichtspunkte der grundlosen Bereicherung erklären zu können, resp. aus der Entstehung der Condictionen „ex bono ex aequo" und „ex bona fide", womit gar wenig gesagt ist, s. Anm. 165 und ob. S. 171 ff. Anm. 17 und 21. Auch v. Savigny schließt sich, troß seiner, wie es scheint, richtigen Ansicht über die Bedeutung des Bereicherungsmaßstabes (s. ob. im Text und vergl. oben Anm. 5 und 38) in bedauerlicher Weise dem herrschenden Sprachgebrauche an, indem er (Obl.-R. I S. 35 N. f) von den Condictionen aus grundloser Bereicherung spricht und (System Bd. V S. 556) sagt, die condictio furtiva entstehe ebenso wie die andern condictiones sine causa aus des Gegners grundloser Bereicherung durch unser Eigenthum, also aus einem als Quasicontract(!!)

Frage betrifft, so ist das Resultat seiner Untersuchungen über die obligatio ob rem dati wenig befriedigend. Nach Erxleben (a. a. O. Abh. II S. 113 ff.) ist die Voraussetzung, unter welcher die ob rem datio geschieht, für den Bestand der Leistung in der Weise bestimmend, daß bei deren Nichteintritt der Geber das Gegebene wieder haben will. „Deshalb gesteht das Recht dem Geber beim Nichteintritt der Voraussetzung die condictio des Gegebenen zu, weil in Folge hiervon die geschehene Leistung insofern grundlos geworden ist, als sie nicht mehr durch seinen Willen getragen wird, und der Erwerb des Empfängers mit dem Wegfalle dieses seines Grundes aufhört, dem Geber gegenüber gerechtfertigt zu sein: „redit ad non justam causam“. — „Als das eigentlich entscheidende Moment, auf welches die Entstehung der obligatio ob rem dati re non secuta in rechtlicher Hinsicht zurückzuführen ist, erscheint demnach die Willensbestimmung des Gebers. Die besondere Willensbestimmung des Empfängers im Augenblicke der Annahme der Leistung kommt ihm gegenüber nur in untergeordneter Weise in Betracht“ u. s. f. — „Indessen“, fährt Erxleben fort, „versteht es sich von selbst, daß dieser (der Geber) seinen Willen ... immerhin in solcher Weise geäußert haben muß, daß die von ihm beabsichtigte Beschränkung in dem objectiven Inhalte des abgeschlossenen Geschäfts mit hinreichender Deutlichkeit nicht

---

zu bezeichnenden Rechtsverhältniß (vergl. ob. Anm. 147. Anm. 85). — Weniger unrichtig kann man die Condictionen, wenn man auf Angabe ihres Grundes verzichtet, mit Mommsen, Beiträge I S. 320 f. bezeichnen als „Obligationen, deren Object die Bereicherung des Schuldners ist“, „auf Herausgabe der Bereicherung gerichtete Obligationen“; s. indessen § 20.

nur im Allgemeinen erkannt werden kann, sondern auch gerade von dem Empfänger, gegen welchen sie sich wirksam erweisen soll" [168]).

Gegen diese Auseinandersetzung läßt sich einwenden, daß wir in der That dadurch nicht weiter kommen als daß: „das Recht dem Geber die condictio des Gegebenen zugesteht". Angeblich soll dies auf Grund seiner eigenen Willensbestimmung geschehen, welche gerade das entscheidende Moment sei; schließlich ist aber die Willensbeschränkung („Voraussetzung", „lex", „causa") doch nicht aus jenem Grunde, vielmehr nur dann wirksam, wenn sie gerade von dem Empfänger erkannt werden kann, kurz, wenn das Rechtsgeschäft mit ihm in der Weise eingegangen ist, daß er gar nicht darauf eingehen, es sich in dieser Art gar nicht gefallen lassen konnte, ohne sich damit zugleich der eventuellen Rückgängigmachung (ausdrücklich oder stillschweigend) zu unterwerfen [169]).

---

168) „Es kommt" — fährt Erxleben fort — „alsdann nichts darauf an, ob er (der Empfänger) sie (die beabsichtigte Beschränkung) auch wirklich erkannt und sich die Folgen klar gemacht hat, welche sich daraus für ihn ergeben, genug daß er sie zu durchschauen im Stande war und bei gehöriger Ueberlegung über deren Bedeutung und Folgen nicht füglich sich täuschen konnte". — Damit ist eben nur gesagt, daß die Verpflichtung des Empfängers ein naturale negotii ist, bei welchem es hier sowenig als bei den Verträgen (s. § 15 ff.) darauf ankommt, das subjective Bewußtsein von der Möglichkeit der verschiedenen Eventualitäten speciell nachzuweisen, vielmehr der auf das Geschäft im Ganzen gerichtete Wille genügt und rücksichtlich des Rechtsirrthums die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen.

169) „Damit" — sagt Erxleben a. a. O. S. 48 — „durch Hingabe einer Sache eine Obligation auf Rückgabe zwischen Geber und Empfänger entstehe, müssen in dem Acte der Leistung selbst

Hiernach dürfte doch gerade die Willensbestimmung des Gebers an sich ganz unerheblich, als bloßes Motiv zu betrachten sein; es nur darauf ankommen, ob nach den Umständen die Annahme begründet ist, daß der sogen. „Empfänger" seinerseits eine Verbindlichkeit übernommen und somit ein negotium (L. 33 D. 12. 6) contrahirt habe.

Zu diesem Resultate ist denn auch neuerdings Witte (Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859 S. 90 f.) gelangt. Er geht davon aus, der Grund der Klage sei das Haben sine causa, das Haben im Widerspruche mit der wahren Absicht des Gebers, fügt aber hinzu, dieser könne sich auf jenes Verhältniß nur dann berufen: „wenn sein eigentlicher Wille dadurch für den Empfänger maßgebend geworden ist, daß dieser sich demselben mit vollem Bewußt-

Gründe enthalten sein, welche auf Seiten des Gebers die Absicht erkennen lassen, unter bestimmten Voraussetzungen das Gegebene zurückzufordern; und diese Gründe müssen zugleich so beschaffen sein, daß sich der Empfänger der Anerkennung derselben nicht füglich entziehen kann [warum nicht kann? kann er doch den Vortheil, wenn er will, zurückweisen!] — sondern dadurch, daß er das Geschäft in dem vom Geber beabsichtigten Sinne eingeht, sich dem Einflusse derselben wenigstens mitttelbar [Bewahre! Unmittelbar] unterwirft." — Wir sehen hier die unverwüstliche Anhänglichkeit an die römische Nationalanschauung [legem dicere: Dictiren der Obligation durch den Gläubiger s. oben S. 282], welche aber bei uns nicht national, sondern bloß gelehrt ist. In Wahrheit kommt auf die Willensbestimmung dessen, cui condictio acquiritur, überhaupt nichts an; daher kann es denn auch ein furiosus und eine dritte ganz unbetheiligte Person sein (Anm. 162 und unten weiter im Text). Es kommt nur darauf an, ob der durch das Rechtsgeschäft Begünstigte eine Verpflichtung übernommen, ein Widerrufsrecht eingeräumt hat.

sein durch Annahme der Gabe unter der bestimmten Modification unterworfen hat".

Man sieht, wie hier sich der richtige Gesichtspunkt hervordrängt, daß die condictiones datorum auf einseitig übernommener Verbindlichkeit beruhen, wenn man auch, wie Erxleben und Witte, den besten Willen mitbringt, die nationalrömische Anschauung, daß der Gläubiger dem Schuldner die Verbindlichkeit dictirt (legem dicit), sich dessen Willen unterwürfig macht, auch hier festzuhalten. — Die hier vertheidigte Ansicht bedarf aber zuvörderst noch einer Einschränkung. Allerdings ist die condictio indebiti, von welcher bereits (S. 287) die Rede war, eben nur eine einzelne (des eigenthümlichen Beweisrechts und ihrer Wichtigkeit wegen besonders hervorgehobene) Species der condictiones sine caua oder ob rem datorum[170]. Ihr rechtlicher Charakter ist an sich genau derselbe.

170) Die cond. indebiti steht mit den übrigen Condictionen im Allgemeinen auf gleicher Linie (Erxleben a. a. O. I S. 33 ff. S. 182 ff., II S. 491 f.), läßt sich auch auffassen als c. causa (sc. liberatione) non secuta und wird in den Quellen hauptsächlich nur wegen der Analogie mit dem Darlehn (L. 5 § 3 D. d. A. et O. 44. 7) und wegen des Beweisrechts hervorgehoben. Der Irrthum ist nämlich zwar nicht Grund des Anspruchs (Windscheid, Voraussetzung S. 6, 189 ff., 203), wohl aber muß er nachgewiesen werden, um den in der Rückforderung liegenden Widerruf des Zugeständnisses zu begründen, welches die Zahlung einer Geldsumme „als Schuld" allerdings involvirt (conf. L. 25 i. f. D. de probat. (22. 3): „tunc enim stare eum oportet suae confessioni"). Die Zahlung ist das allerkräftigste Schuldbekenntniß, aber freilich nur seitens dessen: „cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse". — Daher wird denn auch bei der c. indebiti Nachweis des Irrthums überhaupt nicht gefordert, wo die Berufung auf ein Zugeständniß entweder besondern Umständen nach (L. 40 § 1 D. 12. 6) oder deshalb fern liegt, weil die condictio gar nicht dem

Materiell ganz verschieden dagegen sind einerseits die Condictionen, welche sich bloß auf das Eigenthum gründen und andererseits die condictiones ob turpem und ob injustam causam[171]). Letztere lassen sich nicht auf den Willen des Empfängers zurückführen, haben das mit den Eigenthumscondictionen gemein, daß sie überhaupt nicht auf einem negotium beruhen, und gehören dem zwingenden Rechte an. Sie charakterisiren sich als positive im Interesse der öffentlichen Sittlichkeit aufgestellte Normen, welche eine gewisse Aehnlichkeit mit den Strafklagen haben. Darauf deutet denn auch im römischen Recht der Hinzutritt der a. in factum wegen calumnia; noch klarer tritt es im heutigen Rechte in der häufigen Intervention des Fiskus hervor.

§ 20.

Hier haben wir es überhaupt nur mit den auf einem negotium beruhenden condictiones datorum

---

Zahlenden, sondern einem Dritten zusteht, wie in c. 22 § 5 und 6 C. de jure deliberandi (6. 30); während andererseits der Nachweis eines Irrthums auch bei cond. sine causa erheblich werden kann, insofern die Ernstlichkeit der Voraussetzung in Zweifel gezogen wird. — v. Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. III (2. Aufl. 1858) S. 500 beruft sich für die richtige Ansicht, daß der Beweis der Nichtschuld zur Begründung des c. indebiti genüge, auf den (eine Vermuthung „pro eo qui accepit“ (L. 25 pr. citt.) begründenden) Satz: „qui solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet.“ Das ist doch wohl ein Mißverständniß, da dieser Satz gerade einen Grund dafür angiebt, warum in der Regel Irrthum bewiesen werden soll.

171) S. Reinhardt im Archiv für civilist. Praxis Bd. 29 S. 248 ff. Der Widerruf der Schenkungen wegen Undanks ergiebt sich aus der Analyse des Contractwillens, wogegen der Widerruf der Schenkungen unter Ehegatten, bei welchem die römischen Juristen zwischen c. sine causa und ob injustam causa schwanken (L. 6 D. de d. i. v. et ux. (24. 1), dem zwingenden Rechte angehört.

zu thun. Der Satz, daß durch die condictiones sine causa und ob rem datorum einschließlich der condictio indebiti eine vom Beklagten übernommene Verbindlichkeit geltend gemacht wird, ist nunmehr genauer dahin zu bestimmen: Es wird zu ihrer Begründung vorausgesetzt, daß durch die Mitwirkung bei einem Rechtsgeschäft bezüglich bei Annahme der Vortheile desselben, z. B. bei einer Tradition des Eigenthums oder Besitzes [172]), bei der Bestellung eines dinglichen Rechts, bei einem Schulderlaß, einer Dienstleistung [173]) u. s. f. —

172) Die gehörig erkennbar gemachte causa traditionis kann concludent sein für den Willen des Empfängers (Annehmers). — Bei den altrömischen Geschäftsformen, welche eine Verkörperung der causa als Theil der Form enthalten (in jure cessio, mancipatio, nexum), entscheidet gleichwohl der materielle Wille („uti legassit", „uti lingua nuncupassit, ita jus esto"). In den neueren Verkehrsformen (stipulatio, traditio) fiel die causa als Theil der Form ganz fort, es mußte ihr aber ein indirecter correctorischer Einfluß zugestanden werden, im Wege der Einreden oder als Grund eines Widerrufsrechts (condictio). — Vergl. L. 31 pr. D. 41. 1 mit l. 3 D. 40. 10 und v. Savigny, Obl.-R. II S. 256 ff. — Es ist übrigens eine dreifache Auffassung des Verhältnisses zur causa möglich; die letztere kann betrachtet werden 1) als wesentlicher Theil des Rechtsgeschäfts selbst, so daß ihr Mangel dasselbe ungültig macht; — 2) als Beschränkung des auf das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts unbedingt gerichteten Willens, so daß ein Widerrufsrecht vorbehalten bleibt; — 3) als bloßer Beweggrund des an sich unbeschränkten Willens, so daß also die causa für den Begünstigten überhaupt unverbindlich ist. Das Widerrufsrecht bildet im römischen Recht die Regel und hierauf beruht die Wichtigkeit der (echten) Condictionen. Die Auffassung ad 1 findet in der Regel nur statt, wenn die causa zur Bedingung gemacht, die ad 3 nur, wenn dieselbe für den Begünstigten nicht erkennbar geworden ist. Vergl. auch S. 311 und Anm. 177. 178.

173) Bestellung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts L. 1 D. 13. 3; Contrahirung einer eigenen Schuld L. 1 pr. § 1, 2 D. 12. 7; L. 5 § 1 D. 19. 1; Erlaß einer fremden Schuld L. 4 l. 10 D. 12. 4; Vergütung der Arbeitskraft L. 26 § 12 D. 12. 6; Be-

der Beklagte, d. h. der, welchem das Rechtsgeschäft zu Gute gekommen, dem Erklärenden ein Widerrufsrecht für gewisse als vorbehalten anzunehmende Fälle eingeräumt hat.

Daher können denn auch gegen einen Unfähigen (wohl Eigenthumscondictionen aber) keine condictiones datorum vorkommen, weil derselbe eben die Verbindlichkeit mit voller Wirkung nicht übernehmen kann. L. 66 D. de solut. (46. 3): „nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur". Gaius, Instt. III § 91, Justiniani Instt. § 1 III tit. 15; wohl aber kann ein Unfähiger die condictio erwerben, was sich nicht gut erklären ließe, wäre wirklich, wie Erxleben meint, des Gläubigers Willensbestimmung das entscheidende Moment. In Wirklichkeit genügt es, daß der Andere die Verbindlichkeit übernommen hat. L. 12 D. de R. C. (12. 1): „Si a furioso, cum eum compotem mentis putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eaque in rem tuam versa fuerit, condictionem furioso acquiri Julianus ait."... „Et si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit et consumpta sit ea pecunia, condictionem furioso acquiri" [174]).

---

sitzübertragung L. 2 D. 13. 3. S. v. Savigny, System V S. 522 f.

174) Schon die Glossatoren hatten ihre Noth mit dieser Stelle. Joannes nennt die condictio eine c. utilis ex mutuo, Azo und ihm folgend Accursius eine condictio sine causa vel certi generalis. Eine genügende Erklärung dafür, wie der furiosus die ihrer Ansicht nach auf fingirtem Consens beruhende condictio (Anm. 165) überhaupt erwerben könne, fanden sie nicht. „Quaeritur — heißt es in der Glosse — an haec condictio ex consumptione nascatur? an ex numeratione? — — — Videtur quod ex numeratione, quia numerationem pecuniae non praecessit consensus, furio-

Wird nun das Widerrufsrecht in Folge eines ausdrücklichen Vorbehalts des Gläubigers eingeräumt, so erscheint dies als wirklicher Vertrag (L. 2 pr. D. 12. 6). Abgesehen von diesem Falle aber kommt es nicht darauf an, ob und welche Vorbehalte von dem Erklärenden beabsichtigt oder nicht beabsichtigt sind, sondern nur darauf, ob den Umständen nach eine Verpflichtung selbstverständlich als übernommen, ein Rückforderungs- oder Widerrufsrecht als eingeräumt betrachtet werden darf[175].

---

sus enim erat. Si ergo non daretur ex contractu, multo minus ex quasicontractu, vel maleficio vel quasi; ergo nullo modo datur! Item ex consumptione non datur, quia non est modus commemoratus in jure, ut quis obligetur, nisi praecedat consensus. Item nec poterit dici, furiosum consentire, quia ad suum commodum spectat, quod agitur. Nam hic expressus seu verus, id est non tacitus consensus est necessarius". — Die ganze Schwierigkeit fällt weg, wenn man beachtet, daß hier von einer Seitens des Empfängers einseitig übernommenen Verbindlichkeit („quum pecuniam quasi mutuam acceperis") die Rede ist, — welche freilich erst mit dem in den vorausgesetzten Fällen durch Consumption herbeigeführten Eigenthumsübergange wirksam werden konnte. Insofern, nicht als selbstständiger Verpflichtungsgrund (s. die Glosse) war die Consumtion hier von Bedeutung. — L. 14 D. de R. C. (12. 1).

175) Die vom Condictionskläger geltend zu machenden Ansprüche sind je nach Art des zu widerrufenden Rechtsgeschäfts sehr verschieden, z. B. 1) Uebertragung des Eigenthums, wobei der Condictionskläger nicht sein früheres Eigenthum, sondern nur Tradition zu beweisen braucht, weil es zur Begründung des Anspruchs genügt, daß dem Beklagten durch Besitzverleihung Gelegenheit zur Usucapion gegeben worden ist (L. 13 pr. L. 33 D. 39, 6, Jhering, Abh. S. 23 ff.). — 2) Liberation und Rückgabe des ausgestellten Schuldinstruments (L. 1 § 1 D. 12. 7; L. 3 eod.; c. 3 C. 4. 5, Koch, R. d. Forder. III S. 303). — 3) Vergütung geleisteter Arbeit, als das einzige Mittel, aufgewendete Arbeitskraft zu erstatten (L. 26 § 12; L. 40 § 2 L. 66 § 8 D. 12. 6, v. Savigny, System V S. 523,

Dies wird in den meisten Fällen schon ohne Weiteres, ohne specielle Erklärungen durch die rechtliche Qualification der Zuwendung selbst völlig außer Zweifel sein, z. B. ich nehme eine Urkunde in Empfang als „Schuldschein" oder als „Quittung"; ich nehme etwas an als „Legat", als „Zahlung", als „Heirathsgut", als „Verlobungsgeschenk", als „Daraufgeld" oder als „Darlehn" [176]). Hier ist die eventuelle Pflicht zur Rückgabe durch den rechtlichen Charakter der Leistung schon von selbst mit Nothwendigkeit gegeben (naturale negotii); — ja sogar mit viel größerer Evidenz als die oben § 17 betrachteten Rücktrittsrechte bei Verträgen.

Zu erwähnen sind hier gerade für den letztgenannten Fall, das Darlehn, zwei merkwürdige Beispiele. — Der zunächst beabsichtigte Darlehnsvertrag kann auf verschiedene Weise vereitelt werden, z. B. durch Irrthum in der Person des Gläubigers. Da aber der Empfänger die Summe als „Darlehn" übernahm, so hat er sich damit implicite zur Rückgabe an den Eigenthümer des Geldes verpflichtet und deshalb hat dieser die condictio L. 32 D. 12. 1 (s. ob. Anm. 162). Oder der Darlehnsvertrag wird dadurch vereitelt, daß der Geber die vom Empfänger als Darlehn

---

v. Holzschuher, Theorie I S. 510 Fr. 1, Erxleben a. a. O. II S. 216 ff., 311 ff., 421 ff., 436). — Alles dies ist concreter Inhalt der vom Beklagten übernommenen Verbindlichkeit zur Rückgängigmachung des vom Kläger unbedingt (Anm. 172 Nr. 2) vorgenommenen Rechtsgeschäfts. Zum Klagefundament gehört überall der Nachweis, daß der Widerrufsfall eingetreten (Erxleben a. a. O. II S. 501).

176) S. die Uebersichten über die einzelnen Fälle der cond. ob causam datorum und sine causa bei v. Vangerow, Pand. III § 626 Anm. § 628 Anm. I und eine ausführliche Besprechung derselben bei Windscheid, Voraussetzung §§ 2 und 3 und vorzüglich bei Erxleben a. a. O. II §§ 8 ff.

übernommene Summe schenken wollte. Gleichwohl erwirbt er mit dem Eigenthumsübergang die condictio auf Grund des einseitig von dem Empfänger contrahirten negotii, so daß diesem nur eine exceptio doli helfen kann L. 18 pr. D. 12. 1 [177]). Liegt dagegen für den Empfänger kein Grund zu einer Verpflichtung vor, so ist die Absicht des andern Interessenten ganz gleichgültig, wie z. B. in L. 50 D. 12. 6: „Quod si quis sciens indebitum dedit (also nicht als Zahlung) hac mente ut postea repeteret, repetere non potest.“ So erklärt es auch Ulpian unter Berufung auf Celsus den Jüngern in L. 3 § 7 D. de cond. cs. dat. c. n. sec. (12. 4) für ausgemacht, „eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret vel amiciorem sibi eum esse futurum, repetere

177) „Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quoniam secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. — Die condictio findet statt, weil der Empfänger (einseitig) die Pflicht zur Rückgabe übernommen hat. — Das Hauptinteresse der Stelle liegt darin, daß Ulpian hier von der ob. Anm. 172 Nr. 1 angeführte Auffassung des Verhältnisses des Rechtsgeschäfts zur causa ausgeht. Er will nämlich in den Worten „cum alia opinione acceperit“ sagen, daß der animus dominii acquirendi nur ein bedingter gewesen, das Geld nur als geliehen übernommen worden sei, nicht aber als geschenkt (vergl. dagegen L. 36 D. 41. 1). Künstlich kann man diese Anschauung wohl nicht nennen, da im wirklichen Leben ein von allen materiellen Voraussetzungen abstrahirender Wille Eigenthum zu übertragen und zu erwerben nicht vorzukommen pflegt. Wird diese Abstraction im positiven Recht durchgeführt, so geschieht dies hauptsächlich aus Rücksicht auf die Rechtssicherheit Dritter.

non posse, opinione falsa deceptum[178])". Uebernimmt ferner der Eigenthümer sein Grundstück, welches sich im Besitze eines Andern befand, mit Meliorationen, so ist nicht anzunehmen, daß er damit eine Ersatzverbindlichkeit habe übernehmen wollen. Darauf aber, ob der bisherige Besitzer sich den Ersatzanspruch vorbehalten wollte, kommt es nicht an — L. 33 D. de c. ind. (12. 6): „Cum aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipit." — Mit andern Worten, es

178) Hinzuzufügen und für die heutige Praxis sehr beachtenswerth sind c. 7 C. de c. ob. cs. (4. 6): „Si repetendi, quod donabas uxori ejus, quem ad proficiscendum tecum hujusmodi liberalitate provocare proposueras, nullam addidisti conditionem, remanet integra donatio, cum levitati perfectam donationem revocare cupientium jure occurratur." — C. 25 C. de transact. (2. 4): „Si majores viginti quinque annis cum patruo sive avunculo vestro transegistis vel ei debita donationis causa sine aliqua conditione remisistis, non idcirco, quod hoc ejus hereditatis captandae causa, id est spe futurae successionis vos fecisse proponatis, aliis ei succedentibus instaurari finita debent" (womit zu verbinden c. 34 eod.: „Nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur"). — Hier erscheint also die causa als bloßer (unverbindlicher) Beweggrund (s. Anm. 172 Nr. 3) und in der That kommt in den Quellen der Beweggrund als „causa" vor, Windscheid, Voraussetzung S. 43, 48 ff. — Nach c. 25 citt. ist auch der in der Praxis häufig vorkommende Fall zu beurtheilen, daß spe futurae successionis oder matrimonii unentgeltlich Dienste geleistet werden. Dies ist trotz des eigennützigen Beweggrundes rechtlich eine Liberalität. Der Leistende kann diesen Charakter der Dienste später einseitig nicht ändern, nicht ex post „opinione falsa deceptus" Arbeitslohn liquidiren. Die Praxis denkt oft anders. — Vergl. noch Windscheid a. a. O. S. 85 ff., Witte, Bereicherungsklagen S. 91 f.

kann ohne Weiteres die Uebernahme einer Verpflichtung nur dann geschlossen werden, wenn der Vortheil ohne dies nicht zu erlangen war; so vereinigt sich mit unserer Ansicht die Distinction in l. 2 § 7 D. de donat. 39. 5: „Si decem Titio in hoc dedi ut Stichum emeret aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam; si vero alias quoque donaturus — — — — causa magis donationis (Motiv), quam conditio dandae pecuniae existimari debebit, et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit."

Bei der Zurückführung der condictiones datorum auf ein einseitiges negotium muß behufs ihrer Begründung der Nachweis genügen, daß Umstände vorlagen, unter denen sich die Einräumung des eventuellen Widerrufsrechts beim Mangel ausdrücklicher Erklärung von selbst verstand. Die Vermittelung dieser Auffassung mit der herrschenden Theorie, wonach die condictio durch den Mangel oder Wegfall der Voraussetzung (causa non secuta, deficiens, finita) begründet wird [179]), liegt darin, daß die ausgesprochene oder sonst deutlich hervortretende Voraussetzung in Verbindung mit der Uebernahme der fraglichen Sache oder Leistung oder Annahme des Vortheils aus dem Rechtsgeschäfte (z. B. Schulderlasses) mit Nothwendigkeit zur Annahme einer Verbindlichkeit des Begünstigten führt, sich den eventuellen Rückgang des Geschäfts gefallen zu lassen (s. ob. S. 308); eine Verbindlichkeit, weil durch seine freie Handlung, also durch ein einseitiges negotium unmittelbar entsteht (s. ob. Anm. 169).

Die Auffassung endlich, daß die Condictionen auf „grundlosem Haben", „auf grundloser Bereicherung" be-

---

179) Göschen, Vorlesungen II § 654, Puchta, Pandekten §§ 307 ff.

ruhen[180]), ist durch die in § 5 vorgekommenen Erörterungen bereits erledigt; und so bleibt uns nunmehr die Hauptfrage übrig, in welcher Weise das S. 288 für die einseitigen Rechtsgeschäfte aufgestellte Princip der aequitas:

daß dem Schuldner nicht größere Verpflichtungen aufgebürdet werden dürfen, als er übernommen hat,

bei den condictiones datorum zur Anwendung kommt?

Es fragt sich zunächst, ob die bloße Möglichkeit des Widerrufs, wenn sie mehr oder weniger nahe liegt, dem Empfänger schlechthin Verpflichtungen in demselben Umfange, wie einem malae fidei possessor auferlegen kann. Im Allgemeinen ist dies nicht der Fall; denn da das Rechtsgeschäft (Tradition, Schulderlaß, Bestellung eines dinglichen Rechts u. s. f.) unbedingt vorgenommen ist, so kann um so weniger behauptet werden, daß der Begünstigte bis zur wirklichen Erklärung des Widerrufs eine solche Verantwortlichkeit übernommen habe. — Indessen ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß derselbe für den Fall des Widerrufs zur Rückgabe des Vorhandenen in natura angehalten werden soll; eine Rechtsansicht, welche freilich zur Zeit der classischen Jurisprudenz mehr zurücktreten mochte in Folge einer Rückwirkung des Formular- und Prozeßverfahrens (intentio und condemnatio auf quanti ea res est) auf

180) S. v. Savigny, System V S. 556, Obl.-Recht I S. 25 Anm. f, v. Holzschuher a. a. O. Bd. III Cap. III Vorbemerkung, Erxleben, Condictiones I S. 196 ff., s. ob. Anm. 166, 167 und S. 182 ff. — Ein „grundloses Haben" auf Seiten des Condictionsbeklagten (bei den echten, nicht bei den Eigenthumscondictionen) findet insofern nicht einmal statt, als sein Haben auf der unbedingten Willenserklärung des Klägers selbst beruht. Andererseits genügt die Grundlosigkeit nicht, um zur Herausgabe zu verpflichten Anm. 29, 166.

das materielle Recht. Später wurde sie für einige der wichtigsten Fälle ausdrücklich sanctionirt und zwar in der Art, daß der Berechtigte zum Vindicationsproceß [rei vindicatio utilis mit Naturalexecution. S. oben § 11 Anm. 82] electiv neben der condictio verstattet wurde [181]). — Hierdurch gewann es denn freilich das Ansehen, als wirke in diesen Fällen die causa als Bedingung (Vorbehalt des Eigenthums u. s. f. Anm. 172), während der Anspruch doch in der That nur ein persönlicher und die Klage materiell immer nur ein Widerrufsrecht (condictio in diesem Sinne) war und blieb.

Was, abgesehen hiervon, den Umfang der mit der condictio geltend zu machenden Ansprüche betrifft, so war früher die Ansicht die herrschende, daß Gegenstand des Anspruchs schlechthin die Bereicherung des Beklagten —

181) Dergleichen Fälle sind die Rückforderung der Brautgeschenke beim Rücktritte eines der Verlobten c. 15 D. de donat. ante nupt. (5. 3); Rückforderung der donatio mortis causa in Folge geschehenen Widerrufs L. 19, L. 13, L. 37 § 1 D. de mort. cs. donat. (39. 6); Rückforderung der Schenkungen unter Ehegatten L. 30, L. 55 D. de don. int. vir. et ux. (24. 1); L. un. § 5 C. de rei ux. (5. 13); Rückforderung wegen Nichterfüllung eines modus c. 1 C. de donat., quae sub modo (8. 55). — S. darüber Jhering in diesen Jahrbüchern Bd. I S. 120 ff., 158 ff.; auch oben § 11 Anm. 82 und jetzt Fastenrath, Diss. de rei vind. utili (Berol. 1860) p. 23—43. — Göschen, Vorles. Buch III S. 464 und besond. Erxleben a. a. O. II S. 90 ff. fassen diese und ähnliche Fälle so auf, daß die Voraussetzung (causa) hier in der That die Wirkung einer Bedingung habe, wiewohl Erxleben (a. a. O. S. 511) den wirklichen Rückfall des Eigenthums doch wieder bedenklich findet. — Richtig ist, daß umgekehrt die causa (bezeichnet durch die Partikel „ut“) in den Quellen öfter in einem allgemeinen Sinne „conditio“ genannt wird, ohne aber die Wirkung einer Bedingung zu haben. Windscheid, Voraussetzung S. 43 f.

besser: daß die Unschädlichkeit zu Gunsten desselben maßgebend sei [182]).

Dem widerspricht auch nicht, daß sich practisch ein Unterschied zeigt, jenachdem Gegenstand der Schuld species oder genus ist; der Natur der Sache nach werden im letztern Falle nicht ipsa corpora, sondern die Quantität condicirt (c. 1 C. cond. indebiti (4. 5)) und die in der Quantität liegende Bereicherung läßt sich als eine dauernde betrachten [183]), welche dadurch, daß ipsa corpora verschwinden, weder erlischt noch kleiner wird (Brinz, Pand. I S. 405), wogegen die in einer species liegende Bereicherung dem Zufall ausgesetzt ist. — L. 32 pr. D. 12. 6: „si — — — — desierit in rerum natura esse, nihil repetet" L. 5 § 3 § 4 D. 12. 4; c. 10 C. 4. 6.

Wenn aber Erxleben (Condictiones I § 2 p. 4 sqq. § 12 p. 182—211) und jetzt auch Witte (Bereicherungsklage S. 139 ff.) behaupten, daß die Bereicherung des Beklagten den Gegenstand des Anspruchs in keiner Weise bestimme, so gehen sie hierbei von dem bereits in § 8 als unrichtig bezeichneten Gedanken aus, daß es nur Einen, absoluten, sich überall gleichbleibenden Begriff der Bereicherung gebe. — Das Gegentheil ist in §§ 8 bis 10 an den Beispielen der hereditatis petitio (I), der Rechtsgeschäfte mit dem Pupillen (II), der prä-

182) S. Sell, Versuche Bd. I 76 ff., Jhering, Abh. I S. 76, Mommsen, Beiträge I S. 320 f., v. Holzschuher, Theorie Bd. III S. 476, Arndts, Pand. § 341 Nr. 2 und die übrigen bei Witte, Bereicherungsklagen S. 139 f. citirten Schriftsteller.

183) Daher „Quod indebitum per errorem solvitur, id ispum, aut tantundem repetitur" L. 7 D. 12. 6. — „quod indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantundem ex eodem genere" L. 25 D. 19. 5.

torischen Delictklagen (III), der Schenkungen unter Ehegatten (IV), der negotiorum gestio (V) und der actiones de in rem verso (V) ausführlich nachgewiesen worden. Es nüancirt sich hier der Bereicherungsbegriff (die Unschädlichkeitstaxe) jedesmal nach der Eigenthümlichkeit des Rechtsinstituts; in dieser Weise wirken z. B. bei dem Condictionsfall (Nr. IV) der sittliche Zweck des Schenkungsverbots, die Alimentationspflicht des Ehemanns und hauptsächlich der Umstand, daß das „quatenus pauperior factus est actor" als Grenze des Schenkungsverbots erscheint (vergl. Witte a. a. O. S. 149). — In ähnlicher Weise handelt es sich um Ausführung eines positiven Verbotsgesetzes bei der Rückforderung dessen, was in Folge eines ungültigen Vergleichs über Alimente gezahlt worden. L. 7 § 2 D. de transact. (2. 15): „quod datum est, proficiat ad alimenta, ita ut, si quid amplius ex causa alimentorum deberi potest, id praestetur, quod autem datum est imputetur", L. 8 § 22 eod.: „Sane si is, qui de alimentis transegit, locupletior factus sit ea solutione, (in) quod factus sit locupletior aequissimum erit, ejus in eum dari repetitionem; nec enim debet ex alieno damno esse locupletior (vergl. Witte a. a. O. S. 151 f.).

An diese Fälle, welche nicht eigentlich hierher, sondern dem jus cogens angehören (s. ob. S. 304), schließt sich ein anderer, der sich schon eher auf die suscepta obligatio zurückführen läßt (Anm. 171): der Widerruf der Schenkungen wegen Undanks: c. 7 C. de revocand. donat. (8. 56): „ea quae adhuc matre pacifica jure perfecta sunt, et ante inchoatum coeptumque jurgium condita, donata, permutata, in dotem data, ceterisque causis legitime alienata minime revocamus" — (vergl. ob. § 9 Anm. 61).

Aber schon bei den bisher genannten drei Condictionsfällen ist die Bereicherungstaxe keineswegs identisch — in dem letzten entscheidet der Zeitpunkt des wirklichen Widerrufs, in dem ersten das Moment des Aermerwerdens, im mittlern die Differenz zwischen dem Pauschquantum und den Alimentenbeträgen, — und noch größere Differenzen müssen sich mit Nothwendigkeit bei den übrigen Condictionsfällen ergeben, wenn wir an die Mannigfaltigkeit der Umstände, die Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse denken, unter und bei welchen Rückforderungsklagen (condictiones) vorkommen.

So scheint zwar das Princip der condictio indebiti L. 66 D. 12. 6: „quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit", auf eine reine Bereicherungstaxe hinauszulaufen (s. ob. § 5). — Es kommt indessen hierbei wieder in Betracht, daß es zwar im Allgemeinen keines besondern Widerrufs bedürfen kann, weil schon in der Zahlung „als Schuld" die Rückforderung „als Nichtschuld" von selbst enthalten ist; nach Lage des Falles aber kann doch der Besitzer bald durchaus in gutem Glauben sein, z. B. der Legatar (L. 2 § 1 D. 12. 6): „si post multum temporis emerserit aes alienum vel codicilli diu celati prolati fuerint"; bald wieder kann die entschiedenste mala fides von Anfang an vorhanden sein L. 65 § 8 eod.: „Si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus; si nesciens, non teneberis; sed propter operas ejus liberti et ut hereditatem ejus restituas."

Derjenige nun, welcher weiß, daß „unter Umständen eine Rückforderung stattfinden kann, daß ihm der Gegenstand zunächst zwar anvertraut, aber noch nicht definitiv übertragen" ist (Witte a. a. O. S. 158), befindet sich bei seinen

Dispositionen über die eventuell geschuldete species in einer Art Mittelzustand zwischen gutem und bösem Glauben. Er mußte zwar in gewissem Grade verantwortlich gemacht werden [184]), aber mit den Pflichten eines malae fidei possessor konnte man ihn bis zum wirklichen Widerruf um so weniger belasten, als er durch den Willen des Klägers selbst interimistisch Eigenthümer war. — Grade deshalb mußte es zweckmäßig erscheinen, dem Berechtigten anderweit zu Hülfe zu kommen, und dies geschah denn, theils indem man ihm die ganz außerordentliche [185]) Befugniß zu einer einseitigen Willensänderung (mutatio voluntatis, poenitentia) gab, so daß er selbst durch Widerruf die causa vereiteln konnte [186]); theils durch Verleihung einer actio in rem „qua dominium pristinum restituatur" (c. 1 C. 8. 55), welche letztere eben auch materiell nur persönliche Widerrufsklage (condictio) war, nur daß Naturalexecution und für den contumax die Litisästimation in Aussicht stand (s. ob. S. 312 f. und 231 Anm. 82).

---

184) L. 39 D. de mortis cs. don. (39. 6): „Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumiserit, tenetur condictione in pretium servi, quoniam scit posse condici, si convaluerit donatur;" und ebenso L. 19 eod.; L. 37 § 1 eod.: „Julianus ait, si quis servum mortis causa sibi donatum vendiderit, et hoc vivo donatore fecerit, pretii condictionem donator habebit, si convaluisset et hoc donator elegerit, alioquin et ipsum servum reddere compellitur."

185) L. 75 D. de R. J. (50. 17): „Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam." Dazu Cujac., Op. (Neapel. 1758) IV p. 90 sq. VIII p. 863. X p. 601. Giphan., De Reg. Jur. I cap. 12. Widing, Jurispr. restt. p. 60.

186) L. 5 § 1 § 2 D. 12. 4: „poenitentia dabit condictionem". L. 3 § 2 § 3. Paull. R. S. III 7 § 2: „Donatio mortis causa — — — poenitentia etiam revocatur." L. 16. L. 30 D. 39. 6; § 1 Instt. 2. 7. Vergl. Brinz, Pand. I S. 409.

Hiernach läßt sich nur so viel ganz im Allgemeinen sagen, daß die Condictionen, soweit dem Beklagten nicht mala fides oder doch Mangel an bona fides vorgeworfen werden kann, nach Maßgabe der Bereicherung angestellt werden:

L. 1 § 3 D. 12. 7: „Constat, id demum posse condici, quod — — — ad eum pervenit". — L. 26 § 12 D. 12. 6: „Si operas patrono exhibuit — — — dum putat se debere videndum an possit condicere? — — — vel hominem indebitum (dedi) et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes, vel meis sumptibus pretiosiorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? — Sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus". — L. 65 § 7 eod.: „Sic et habitatione data, pecuniam condicam: non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses". — L. 5 pr. D. 12. 4: „Quum per te non steterit potest dici, repetitionem cessare; sed quum liceat poenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est, nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam; nam si — — — sumptus fecisti — — — condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur ejus quod expendisti" [187]).

Als Eigenthümlichkeit aber ist hierbei hervorzuheben, daß bei den Condictionen der Begriff dessen, was „aus dem Vermögen des Klägers gekommen ist" — (der res,

187) Nur darf die Unschädlichkeit zu Gunsten des Verpflichteten nicht in eine Schädlichkeit gegen den Geber umschlagen, der keine obligatio übernommen hat L. 5 citt. pr.: „si manifestum sit, te plus forte quam accepisti erogasse — condictio cessabit". — S. auch die Casuistik Ulpian's in §§ 2 bis 4 eod.

ejus quod datum est, quod pervenit c. 9 C. 4. 30; L. 17 pr. D. 2. 14), sehr weit gefaßt wird, so daß die res des Klägers jeden vermittelst derselben erhaltenen Vermögenszuwachs nach sich zieht, so daß Accessionen, Früchte — natürlich deducta impensa — und Zinsen der Hauptsache folgen und mit dem Besitz das vermittelst desselben gewonnene Eigenthum herausgegeben wird. — L. 7 § 1 L. 12 D. 12. 4; L. 15 pr. L. 65 § 5 D. 12. 6; L. 38 § 2 § 4 D. de usur. (22. 1). — L. 15 § 1 D. 12. 6.

Doch braucht, wer nicht wirklich Zinsen gezogen hat, auch keine herauszuzahlen (c. 4 C. de cond. ob turp. (4. 7), c. 1 C. de c. indeb. (4. 5), v. Holzschuher, Theorie III S. 473 ff. Fr. 2); und nur wirklich gezogene Früchte werden restituirt, fructus percipiendi erst von der Zeit des wirklich erfolgten Widerrufs an (L. 38 § 1 D. 22. 1) [188]).

Wenn nun nach dem Gesagten bei den Condictionen in vielfacher Hinsicht der Unschädlichkeitsmaßstab zu Gunsten des Beklagten unleugbar zur Anwendung kommt, so braucht schließlich wohl kaum darauf aufmerksam gemacht zu werden, wie einfach sich dies practische Resultat aus dem Gesichtspunkt der suscepta obligatio erklärt. War die condictio ein vom Beklagten eingeräumtes Widerrufsrecht, so lag nichts näher, als daß — abgesehen von einer

188) Auch Verpflichtung zur Prästation der erworbenen Klagen wird von Erxleben a. a. O. II S. 448 N. 51 und Mommsen, Beitr. I S. 302 N. 26 behauptet, läßt sich aber aus den von Ersterem citirten Stellen nicht nachweisen, da dieselben (§ 3 J. 3, 23; L. 35 § 4 D. 18. 1; L. 13 § 12 D. 19. 1; L. 11 § 9 § 10 D. 43. 24; L. 14 pr. D. 47. 2) sämmtlich von der Pflicht des Verkäufers zur Abtretung der vindicatio und condictio furtiva reden und die Analogie des Kaufs hier nicht so unbedingt gelten kann.

hinzutretenden Unredlichkeit — der Widerruf und die Rückforderung eben nur als nach Maßgabe der Unschädlichkeit eingeräumt betrachtet werden konnte.

Sollten dagegen die Condictionen wesentlich auf der Willensbestimmung des Gebers beruhen (Erxleben, s. ob. S. 300), so möchte man viel eher vermuthen, daß der Geber sich das Widerrufsrecht für alle Fälle (sowohl der poenitentia als der causa deficiens) im weitesten Umfange vorbehalte. — Daher muß denn diese Theorie erst wieder, um mit den Quellen in Einklang zu kommen, zu den berüchtigten Billigkeitsrücksichten einlenken (Erxleben a. a. O. S. 118 f.). „Da — sagt man — die condictio ob rem datorum dem Geber nur — ex bono et aequo gegeben sei, so müssen daher auch die Grundsätze der aequitas durchweg maßgebend sein und es sei daher auch die besondere Lage des Empfängers zu berücksichtigen."

Es ist dies ein Umweg, dessen die von uns vertheidigte Theorie nicht bedarf, und der nicht einmal zum Ziele führt: denn wäre es richtig, daß von Rechts wegen der Geber allein zu bestimmen hätte, so würde die Berücksichtigung des Empfängers der aequitas (Rechtsangemessenheit) dieser Rechtsverhältnisse gar nicht entsprechen; — und daß es eine aequitas in abstracto weder giebt noch geben kann, ist bereits oben (S. 171 ff.) nachgewiesen worden.

IV.

Beitrag zur Lehre vom römischen Eide nach den Fragmenten in den Pandekten.

Von

Herrn Dr. **Theodor Kiesselbach** in Bremen.

§ 1.

Die beiden Digestentitel über den Eid stehen in Mitten der Titel über die Condictionen. Sie folgen dem Titel „De rebus creditis, si certum petetur, et de condictione", mit dem der dritte Theil der Pandekten beginnt. Diese Stellung hat die Aufmerksamkeit der Schriftsteller wiederholt auf sich gezogen. Statt Mehrerer nenne ich Donellus, der in seinem Commentare De jure civili libr. XXIV cap. X § 5 etwa Folgendes anführt:

Sofern der Eid die Wirkung einer Streitentscheidung habe, gehöre er nicht zu den Contracten und nicht in diesen Theil der Digesten. Allein die Wirkung desselben gehe noch weiter. Wenn ein Kläger auf Antrag seines Gegners geschworen habe, daß dieser ihm schulde, so stehe ihm nach den Quellen eine Klage aus dem Eide zu. Diese Klage stamme aus einer Uebereinkunft zwischen dem Schwörenden und dem

den Eid Fordernden, — also Klage und Verpflichtungsgrund aus einem Contracte. Der in diesen Theil der Digesten gehörende Eid enthalte somit eine Contractsart. Und dieses Eides wegen sei die ganze Lehre vom Eide zum besseren Verständnisse des Theils hier entwickelt. Jedoch möge es wohl im Hinblick auf die hauptsächliche und allgemeine Bedeutung des hier behandelten Eides angemessener erscheinen, ihn zu den Beweismitteln zu ziehen.

Auch in der meines Wissens jüngsten Monographie über den Eid von Eduard Kraußold (Zur Lehre vom Eide als Beweismittel im Civilproceß) heißt es, daß jene actio in factum e jure jurando dazu diene, den Zusammenhang der Gesetzesordnung in den Digesten zu erklären. Es fragt sich jedoch bei dieser Erklärung zunächst, was sie erklären will; entweder einen Gedanken der Compilatoren, indem man annimmt, daß diese die Titel über den Eid vorbedacht unter die Condictionen gestellt haben, — oder einen von den Compilatoren vorgefundenen, schon in den klassischen Schriften vorhandenen Zusammenhang zwischen dem Eide und der condictio. Läßt sich ein solcher früherer Zusammenhang darthun, so würde der erklärende Grund für uns nur dann Bedeutung haben, wenn er sich für die klassischen Autoren als gewiß oder wahrscheinlich nachweisen ließe.

Eine Verbindung zwischen dem Eide und der condictio ergiebt sich aber aus Ulpian's Commentare zum Edicte, der Hauptschrift, aus welcher die Compilatoren für diese Lehre excerpirten. Den Nachweis dieser Behauptung muß ich zum Ausgangspunkt für die folgende Untersuchung nehmen, um festzustellen, um das Recht welcher Zeit es sich handelt.

Das aus einem Gelddarlehen erwachsende Rückforderungsrecht wurde während des Formularprocesses mit einer actio stricti juris geltend gemacht, deren intentio und con-

demnatio genau auf dasselbe ging, und welche actio den Namen condictio führte. Et ex eo contractu (scil. mutui datione) nascitur actio, quae vocatur condictio. Inst. princ. quib. mod. (3, 14).

Sofern das Rückforderungsrecht auf Sachen im engeren Sinne (res certae) und Summen ging, welche keine Geldsummen waren, und mit einer Klage in personam verfolgt werden konnte, geschah die Geltendmachung durch eine actio stricti juris, welche sich von der Geldklage durch die rei aestimatio unterschied, durch welche die Sache in ihren Geldwerth, einen dem Untergange nicht unterliegenden Vermögensausdruck, in eventum aufgelöst wurde. Diese actio ist eine Art der condictio, mit dem Namen condictio triticiaria, der gegenüber die vorstehende actio oder Klagformel durch den Beisatz „si certum petetur" hervorgehoben wurde.

Ulpian behandelt nun die erste actio, also si certum petetur, oder die condictio im Sinne der Institutionenstelle (Inst. quib. mod. 3, 14) im 26. Buche seines Commentars zum Edicte. Dies ergiebt sich aus den Fragmenten

l. 1, 7, 9, 11, 13 de rebus cred. (12, 1).
l. 1, 3 de cond. causa data (12, 4).
l. 2, 4 de cond. ob turp. caus. (12, 5).
l. 1, 26 de cond. indebiti (12, 6).

welche sämmtlich aus jenem Buche entnommen sind [1]).

Im Eingange des 27. Buches jenes Werks wandte sich Ulpian dann zur condictio triticiaria. Hierfür spricht

1) Der Ausdruck „haec actio" in der lex 1 de cond. ind. bezeichnet bei Ulpian deshalb die condictio „si certum petetur" völlig genügend, weil gerade in diesem, dem 26. Buche von ihr die Rede war.

schon, daß beide aus dem Commentare unter dem Titel De condictione triticiaria sich findenden Fragmente aus dem 27. Buche entnommen sind. Dazu kommt der Inhalt der lex 1 de cond. tritic., welcher für sich allein uns zu obiger Annahme führen müßte: Ulp. libro XXVII ad Edictum.

Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur „si certum petetur", qui aut alias res per triticiariam condictionem petet.

Bei der Rückforderungsklage auf Geld, bei der im 26. Buche des Commentars entwickelten condictio, handelte nun Ulpian ebenfalls vom Eide. Dies beweisen die aus demselben Buche entnommenen Fragmente:

l. 34, 18, 19, 23 und 25 de jurejur. XII, 2,

von welchen insbesondere die für unsere Aufgabe wichtige lex 34 außer Zweifel stellt, daß hier nicht beiläufig, sondern im Anschluß an das Edict nothwendig vom Eide die Rede ist. Ich werde unten versuchen, den inneren Zusammenhang der condictio certi und des jusjurandum darzulegen oder doch anzudeuten; hier muß ich als Resultat des Vorstehenden hervorheben, daß wir gezwungen sind, die Verbindung selbst als eine schon vor der Compilation der Pandecten und insbesondere in Ulpian's Commentare zum Edicte vorhandene anzuerkennen.

§ 2.

Allein es ist leicht ersichtlich, daß in jenem Commentare Ulpian's auch noch an einer zweiten Stelle ausführliche Rechtsentwickelungen über den Eid sich finden, — nämlich im 22. Buche. Aus diesem sind die umfangreichen, den Kern der ersten Hälfte unseres Titels bildenden Fragmente entnommen:

l. 3, 5, 7, 9, 11 und 13 de jurejur. etc. XII, 2.

Ihr Inhalt läßt ebensowenig wie jener der l. 34 die Annahme zu, als hätten wir hier mit beiläufigen, bei Erörterung einer andern Rechtsmaterie vorkommenden Bemerkungen über den Eid zu thun. Aus eben diesem 22. Buche des Commentars stammen die Fragmente, in welchen die interrogationes in jure besprochen werden:

l. 2, 4, 6, 9, 11 de interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus (XI, 1).

Das Material aus Ulpian's Commentar führt uns also zu einer doppelten Verbindung des Eides, — nämlich die aus dem 22. Buche entnommenen Stellen in der ersten Hälfte unseres Titels de jurejurando etc. auf die interrogationes in jure, und die dem 26. Buche angehörenden Fragmente auf die condictio.

Hier ist noch auf einen in dieser Verbindung wichtigen Umstand aufmerksam zu machen. An sich nämlich kann es kaum zweifelhaft sein, daß Ulpian's Commentare zum Edicte sich der in diesem gegebenen Reihenfolge der Rechtsmaterien anschlossen, woraus wir also annehmen müssen, daß im Edicte selbst an zwei verschiedenen Stellen, einmal bei den interrogationes in jure und dann nach der condictio Rechtsbestimmungen über den Eid auftraten. Es ist nun wichtig, daß wir in drei Fragmenten, welche alle drei dem hier besprochenen Werke Ulpian's angehören, von diesen Rechtsbestimmungen des Edicts selbst Bruchstücke besitzen, und zwar solche, in denen meines Erachtens der Kern des alten Rechts enthalten ist. Von diesen drei Stellen l. 3, 7 und 34 de jurej. etc. XII, 2 gehören die ersten beiden so genau zusammen, daß die in ihnen enthaltenen Edictsworte einen Satz bilden:

„si is, cum quo agetur, condicione delata juraverit (l. 3), ejus rei, de qua jusjurandum delatum

fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo (l. 17).

Diese sind aus dem 22. Buche des Commentars entnommen. Im dritten Fragmente heißt es: Ait Praetor: eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam (l. 34 § 6). Dasselbe gehört dem 26. Buche an. Daß Ulpian nun diese prätorischen Bestimmungen aus einer ursprünglichen Verbindung im Edicte sollte gelöst und aus eigenen Gründen getrennt haben, wäre von vornherein wenig glaublich; allein diese Annahme wird ganz unmöglich, wenn man anerkennt, was ich unten darzuthun versuchen werde, daß sich die Verschiedenheiten in den Erscheinungspunkten des Eides, in seinen Voraussetzungen und Wirkungen, statt sich zu vermehren und schärfer zu markiren, schon auf der Entwickelungsstufe des Rechts, die wir aus Ulpian's und Paulus' Edictscommentaren kennen, wesentlich abgeschwächt und verloren hatten, und daß die Tendenz (namentlich bei Paulus) hervortritt, den vormaligen Unterschieden gegenüber das Gemeinsame des Eides zu gewinnen.

§ 3.

Die vorstehende Entwickelung ging aus und beschränkte sich auf Ulpian's Commentar zum Edicte. Die Fragmente aus diesem Werke werden auch bei der Behandlung der Sache selbst den Ausgangspunkt bilden, sowohl weil sie dem Umfang und Inhalt nach im Digestentitel de jurejurando etc. die bedeutendsten sind, als weil in ihnen die Edictsbestimmungen angeführt werden, und die Entwickelung des Rechts aus den engen Grundsätzen des Edicts am Besten aus ihnen zu erkennen ist.

Vorab ist aber die Frage zu beantworten, ob das übrige, im Titel de jurejurando etc. enthaltene Material das aus

Ulpian's Commentar sich ergebende Resultat bestätigt. Die kurzen, eingeschobenen Stellen von Gaius, Pomponius, Julianus und Tryphoninus entziehen sich einer solchen Untersuchung, dagegen fordern die aus Paulus' Edictscommentare entnommenen Fragmente, sowohl ihrem Umfange nach als durch die Natur des Werks, dem sie angehören, zu einer Vergleichung auf. Allein die sich aus den Digesten für diese Schrift ergebenden Anhaltspunkte können nur dadurch eine Wahrscheinlichkeit gewinnen, daß die aus Ulpian's Werke nachzuweisende Reihenfolge hier festgehalten wird.

Unter den 4 Stellen, welche aus Paulus' Commentare in den Digestentitel de interrogationibus etc. XI, 1 herübergenommen sind, werden zwei:

l. 12 und 3 de int. XI, 1.

als aus dem 17. Buche entlehnt angeführt. Von den drei aus jenem Werke entnommenen Fragmenten des Digestentitels de rebus creditis etc. XII, 1 sind die l. 2 und 6, als dem 28. Buche angehörend, notirt. Diese letzteren lassen kaum einen Zweifel, daß vom Darlehen und seiner actio hier, als an der ihnen im System oder im Edict eigenen Stelle, gehandelt wird.

Von den unter dem Titel De jurejurando etc. befindlichen Fragmenten gehören nach der Bezeichnung folgende dem 18. Buche des Commentars an:

l. 2, 4, 8, 10, 17, 20, 22, 26, 28 und 30,

und werden die l. 24 und 35, als dem 28. Buche entnommen, notirt. Darnach dürfte aus dem Edictscommentare dieses den Ulpian noch überlebenden Schriftstellers wenigstens Nichts sich ergeben, was die bei Ulpian vorliegende Reihenfolge als eine willkürliche, von ihm gewählte erscheinen ließe, vielmehr die Wahrscheinlichkeit nahe liegen, daß auch dieser

Jurist durch das Edict zu einer ganz gleichen Aneinanderreihung des Stoffs geführt ist.

Wahrscheinlich enthielt also das Edict an zwei Stellen, — der Inhalt der Fragmente verstärkt diese Wahrscheinlichkeit, — Bestimmungen über den Eid, und jedenfalls findet sich die Lehre von diesem bei Ulpian in zweien, von einander getrennt liegenden Büchern. Der Titel der Digesten de jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali stimmt damit insofern überein, als durch ihn auf verschiedene Eide hingewiesen wird, allein er scheint dadurch zu widersprechen, daß er nicht zwei, sondern drei solche von einander scheidet. Ueber diesen Punkt bemerke ich vorläufig, daß der dritte dieser Eide den anderen beiden nicht coordinirt zu behandeln ist, daß er vielmehr, jünger als die anderen, sich denselben angeschlossen hat und nicht unter dem zweiten Titel des zwölften Buches der Digesten, sondern unter dem folgenden, De in litem jurando, seinen Platz findet.

§ 4.

Eine getrennte Behandlung der im Titel De jurejurando etc. aus dem 22. und 26. Buche des Ulpian'schen Commentars sich findenden Fragmente ergiebt zunächst, daß in der ersten Reihe von Stellen der Eid besprochen wird, aus dem, wenn er vom Kläger geleistet wurde über die intentio der anzustellenden Klage, eine actio für diesen hervorgeht:

l. 9 § 1. § 3. § 6. § 7 h. t.
l. 11 § 1. § 2. § 3 h. t.
l. 13 § 5 h. t.

Und ferner, daß von dieser Wirksamkeit des Eides in dem Hauptfragmente der zweiten Reihe, der aus dem 26. Buche entnommenen l. 34, durchaus nicht die Rede ist. Die

Erklärung bei Donellus, als sei jener Fall, wo der Eid des Fordernden eine Klage zur Folge hat (als eine Contractsart), der Grund, weshalb die Lehre vom Eide unter die (im 26. Buche behandelten) Condictionen gesetzt worden, kann somit von vornherein nicht möglich sein. Sie gehört einer Anschauungsweise an, die meines Erachtens uns immer noch viel zu viel bei der Behandlung des römischen Rechts stört. Die systematische, logische Gliederung der Rechtslehre, welche gerade an dem Studium der Natur des römischen Rechts groß geworden ist, kann nicht nach modernem wissenschaftlichen Bedürfnisse dem für uns ganz systemlosen Fachwerke der Digesten mit irgend welchem Fug und Nutzen untergelegt werden. Vielmehr ist dieses wesentlich als ein Product der allmäligen mit der fortschreitenden Cultur zusammengehenden Rechtsentwickelung, deren Hauptorgane das Edict und die Schriften der Juristen waren, zu betrachten. Bei dieser Auffassung handelt es sich nicht um das corpus juris, als ein angebliches Gesetzbuch für unser Volk, nicht um den dogmatischen Gehalt und die legislativen Gedanken Justinian's oder seiner Compilatoren bei den einzelnen Fragmenten, sondern um die bei den Alt-Römern in den Schriften der klassischen Juristen ausgeprägten Rechtsanschauungen.

§ 5.

Die in unserem Titel vorkommende Bezeichnung der Eide: jusjurandum voluntarium, necessarium und judiciale findet sich nach Donellus (Comment. libr. XXIV cap. XI § 3) nirgendwo bei den römischen Juristen und wird von ihm den Compilatoren zugeschrieben. Aus diesem Grunde ist sie für diese Untersuchung als Ausgangspunkt unbrauchbar. Die uns erhaltenen Edictsbestimmungen lassen den Eid einmal als eine aus Vergleich hervorgehende Vorentscheidung eines gel-

tend zu machenden Anspruchs, insbesondere einer Forderung erscheinen:

si is, cum quo agetur, condicione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo (l. 3 und 7 h. t. aus dem 22. Buche von Ulpian's Edictscommentare);

und zweitens, in Folge eines prätorischen Zwangs, als eine Leistung des Beklagten, die, wenn der Kläger sie forderte, jenem alternativ mit der solutio, der Handlung, auf welche die Klagintention ging, auferlegt wurde:

eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam (l. 34 § 6 h. t. aus dem 26. Buche jener Schrift).

Dort also wirkte der Eid als eine transactio, hier als eine solutio. Der dritte Fall, wo er an die Stelle eines judicium tritt, ist uns aus keinen Edictsworten bekannt, er gehört nicht hierher, sondern gehört dem folgenden Titel De in litem jurando an.

Diese aus den Fragmenten des Ulpian'schen Commentars hervortretende zwiefache Wirkung des Eides und doppelte Stelle seines Erscheinens wird durch verschiedene Fragmente hervorgehoben. Nicht selten wird die dritte Möglichkeit des Eides (pro judicio) mit bezeichnet, und gerade Paulus bestätigt diese Dreitheilung in Aussprüchen, die darauf abzielen, für einzelne Rechtsfragen, statt die Unterschiede hervorzuheben, sie zu beseitigen.

So spricht Gaius in der l. 31 von dem statt der solutio geleisteten, verlangten Eide, dessen Folge die absolutio durch den Richter ist („quum a judice aliquis absolutus fuerit"), und bemerkt, daß auf ihn sich die Constitutionen beziehen, nach denen bei Auffindung neuer Docu-

mente in einzelnen Fällen die Prozeßsache noch einmal anhängig gemacht werden kann. Er fügt dann an, daß sie keine Gültigkeit haben auf den eine transactio enthaltenden Eid, (quodsi alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare).

Die dreifache Natur tritt in dem Schlusse der lex 26 und der lex 27 h. t. hervor:

(1) jurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia profiscitur ex conventione, quamvis (2) habeat et instar judicii — (3) Jusjurandum etiam loco solutionis cedit.

Ebenso findet sie sich markirt in der l. 35, einem Fragmente von Paulus:

nam sive pro pacto convento, sive pro solutione sive pro judicio hoc jusjurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec habiles sunt.

Genau dieser Eintheilung entsprechend begründet Paulus in der lex 17 § 2 den Ausspruch, daß der Vormund eines Mündels, Wahnsinnigen oder Verschwenders rechtsgültig einen Eid antragen könne:

nam et alienare res, et solvi iis potest et agendo rem in judicium deducunt.

Diese deutlichen Spuren führen zu folgendem Ziel:

Erstens, daß im 22. Buche des Ulpian'schen Edictscommentars, in dessen Fragmenten (l. 3 und 7) die auf den vor der actio freiwillig geleisteten, angetragenen Eid des Beklagten bezüglichen Edictsworte stehen, das pro pacto convento geltende, eine transactio enthaltende, jusjurandum behandelt wird;

zweitens, daß die Lehre von diesem Eide wahrscheinlich im Edicte, jedenfalls in Ulpian's Commentare ganz nahe den interrogationes und responsiones in jure stand;

drittens, daß in Ulpian's 26. Buche der pro solutione eintretende Eid, den insbesondere die daher entnommene lex 34 bespricht, commentirt wurde, und

viertens, daß dieser ebenso wahrscheinlich im Edicte, jedenfalls in Ulpian's Commentare, sich der condictio anschloß.

§ 6.

Der Werth der bisherigen Entwickelung würde sehr zweifelhaft sein, wenn nicht der Inhalt der Fragmente mit dem gewonnenen Resultate übereinstimmte. Aber selbst dann könnte ein Praktiker — und dabei habe ich nicht den Handwerker des Fachs, sondern einen dogmatisch durchgebildeten, ebenso wissenschaftlichen wie praktischen Juristen im Sinne, dem jedoch eine historische Behandlungsweise des Rechts fern liegt — an einem Nutzen dieses Ergebnisses zweifeln. Ich gestehe nun gern ein, daß diese Methode der Behandlung der Digesten den bisherigen Gebrauch von Fragmenten für Advocaten-Arbeiten wesentlich beeinträchtigen würde, daß sie uns das römische Recht, statt es näher zu bringen, vielmehr in weiterer Ferne zeigt, — allein ich bin nicht weniger der Meinung, daß die Annahme einheitlichen Denkens im corpus juris, die Behandlung desselben als eines gültigen Gesetzbuchs Justinian's ein völlig unhaltbares Axiom ist, dessen Beseitigung, Hand in Hand mit einem besseren Verständnisse der römischen Rechtsbegriffe und der Gränzen ihrer Entwickelung, ein doppelter Gewinn für die Behandlung des Rechts in der Gegenwart sein würde.

§ 7.

Für den vorliegenden Stoff erscheint es leicht, nach der Sichtung des Materials einige herkömmliche Vorstellungen als falsch zu beseitigen. Dahin rechne ich jene, wonach das römische Recht principiell unterschieden habe, ob der Eid: über Schuld oder Unschuld, den Bestand eines Rechts, oder ob er über eine Thatsache geleistet werde. Vielmehr findet sich der Transaktionseid sowohl wie der Solutionseid, wenn diese Bezeichnung gestattet wird, in jus concipirt, und ist dieser Inhalt des Eides in Hinblick auf die römischen actiones stricti juris von vornherein als die ältere Anwendung wahrscheinlich, und ergiebt sich derselbe aus den Quellen:

aus Ulpian's 22. Buche l. 13 § 6: si quis juraverit in re pecuniaria per genium Principis „dare se non oportere etc."

aus Ulpian's 26. Buche l. 23: si servus juraverit, „dominum dare non oportere".

Daß beide jedoch auch auf Thatsachen gerichtet vorkommen, soll im Vorigen nicht bestritten werden, vielmehr verweise ich auf die hierüber sehr lehrreiche l. 42 h. t. Ebenso ist die Annahme falsch, als ob die Eintheilung des Eides darauf beruht hätte, ob er vor dem Prätor angetragen, resp. geleistet sei oder vor dem judex. Denn während der in den Edictsworten enthaltene Fall des Transaktionseides (l. 3 und 7 h. t.) so gedacht ist, daß dem, der verklagt werden soll (cum quo agetur), ein Eid zugeschoben wird, also extra oder ante judicium, geht auch aus der l. 34 klar hervor, daß der alternativ mit der solutio geforderte Eid schon in jure gefordert wurde, indem der Prätor zusichert: „eum solvere aut jurare cogam", und von ihm gesagt wird, daß er, wenn der zurückgeschobene Eid nicht

geleistet werde, kein judicium geben werde (judicium ei Praetor non dabit l. 34 § 7 h. t.). Geleistet wurde dieser Eid allerdings in judicio (cfr. l. 34 § 9). Die Unterschiede zwischen den Eiden sind aber nicht Folgen der im Verhältnisse zu einem Prozesse verschiedenen Stadien, wo er geleistet wurde, sondern gehen aus den verschiedenen Bestimmungen des prätorischen Edicts selbst hervor.

Von den Verschiedenheiten im Einzelnen wird bei den besonderen Punkten unten die Rede sein.

I. Vom Transaktionseide.

§ 8.

Der Grund der Annahme und Leistung dieses Eides ist der freie gemeinschaftliche Wille der Parteien:

jusjurandum pro pacto convento cedit, l. 35 § 1 h. t. (Paulus);

quia proficiscitur ex conventione, l. 26 § 1 h. t. (Paulus);

jusjurandum speciem transactionis continet, l. 2 h. t. (Paulus).

Ein rechtlicher Nachtheil erwächst aus der Nichtannahme dieses Eides meines Wissens nicht. Si neque juratum est, neque remissum jusjurandum, pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset l. 5 § 4 h. t. Jedoch kann immerhin die Nichtannahme bei einem späteren Prozesse auf die rechtliche Ueberzeugung des Richters einen Einfluß geübt haben (nach Analogie der Erörterung in der l. 13 h. t. princ.). Dieser Natur des Eides entsprechend, ist deshalb auch in keinem der Fragmente aus dem 22. Buche des Ulpian'schen Commentars von einem Zurückschieben des Eides (referre jusjurandum) die Rede:

jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest l. 17 princ. h. t. (Paulus).

Der in den hierher gehörenden Edictsworten (l. 3 und 7 h. t.) gedachte Fall ist dieser, daß Einem, der verklagt werden soll, vom Gegner ein Eid deferirt ist. Auf Grund der Ableistung desselben verweigert der Prätor eine aus dem behaupteten Rechtsfundamente an sich zulässige actio. Er weist den Kläger zurück. Mit dem Eide erlischt die Schuldfrage. Dato jurejurando non aliud quaeritur, quam an juratum sit (l. 5 §. 2 h. t.), nam posteaquam juratum est, denegatur actio (l. 9 princ. h. t.).

Dieser Edictsfall charakterisirt sich insbesondere durch drei Momente:

erstens ist von einem Eidesantrage vor einer Klage die Rede;

zweitens knüpft der Prätor an diesen Eid eine dem Fordernden nachtheilige Folge;

drittens besteht diese Folge in der Zerstörung der actio.

Wir werden unten nachzuweisen haben, wie nach dem in den Fragmenten unseres Titels uns vorliegenden Material die römische Jurisprudenz diesen einfachen Kern nach allen Seiten hin verändert, erweitert und entwickelt zeigt. Allein hier müssen wir noch die ganze Aufmerksamkeit auf die knappen Worte des Edicts richten.

1. Dieser Eid erscheint ante judicium. Das 22. Buch von Ulpian's Commentar giebt ihm neben der interrogatio und responsio in jure einen Platz.

Eine solche interrogatio und responsio, erhobene Frage und Antwort, war, sofern ihr Inhalt auf ein dare oder — wohl eine spätere Entwickelungsstufe — auf ein facere ging,

die Form einer obligatio. Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, quum quid dari fierive nobis stipulemur l. 1 § 7 de obl. et action. Der Inhalt der hier zu berücksichtigenden interrogatio und responsio ist nicht das Versprechen eines dare oder facere, sondern das Aussprechen eines juristischen Sachverhalts. Eine obligatio liegt also nicht vor, allein, qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu obligatus, pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur (l. 11 § 9 de interr. XI, 1). Beide, Transactionseid und Interrogation, treten vor der Klage auf. Sie sind freiwillige Handlungen dessen, gegen den eine Forderung geltend gemacht werden soll, beruhen auf dem Antrage der Gegenpartei:

„si is, cum quo agetur, condicione delata, juraverit (l. 3 h. t),

„qui interrogatus responderit (l. 11 § 9 de interr. XI, 1).

Responsio und jusjurandum haben beide eine religiöse Natur, und ihre Wirkung ist rechtsverbindender Art. Der zu Verklagende präjudicirt durch das Eine wie das Andere, — jedoch nur dann, wenn die responsio der interrogatio entspricht, und der Eid so geleistet wird, wie er angetragen ist. Denn respondirt Jemand undeutlich oder nicht auf die erhobene Frage, so gilt das als Verneinung der Frage (l. 11 § 5 und § 7), als keine Responsion; und leistet Einer ein jusjurandum nicht dem Eidesantrage gemäß, so ist die Eidesleistung nichtig (l. 3 § 4 h. t. mit der l. 4 und 5 pr. h. t.).

Schweigen und undeutliche Antwort haben ebenso wenig die Folge, daß der Inhalt der Frage für erwiesen oder für wahr gilt, wie die Nichtannahme dieses Eides zu solcher Folgerung führt. Allein Ersteres bewirkt doch dieses, daß der

Kläger ohne Gefahr, sein Klagerecht wegen pluspetitio zu verlieren, den Gegner auf das Ganze belangen kann (l. 11 § 4 de interr.). Dem Kläger schadet seine ungenaue Kenntniß nicht, wenn er vergeblich interrogirte, dagegen wird nicht dem zu Verklagenden sein Schweigen als Geständniß ausgelegt:

> si filius (qui abstinuit se paterna hereditate) in jure interrogatus responderit, se heredem esse, tenebitur, nam ita respondendo pro herede gessisse videtur.
>
> Sin autem filius (qui se abstinuit) interrogatus tacuerit, succurrendum ei, quia hunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco.

Ich werde unten noch einmal auf diese nicht freiwillig herbeigezogene, sondern durch die Fragmente sich aufdrängende Verbindung zwischen responsio in jure und jusjurandum zurückkommen. Hier bemerke ich nur, daß der erste Fall, bei dem die interrogatio in jure hervorgehoben wird, eine actio stricti iuris in personam ist, eine Klage, si certum petetur:

> Est autem interrogatio tunc necessaria, quum in personam sit actio et ita „si certum petetur" ne dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat, l. 1 princ. de interr. XI, 1 (Callistratus).

2. Diese Vorentscheidung durch die Leistung des angetragenen Eides seitens des zu Verklagenden präjudicirt der beabsichtigten Klage des Fordernden. Dieselbe ist beseitig Sofern sie vorher rechtmäßig zustand, hat also dieser Eid eine lediglich zerstörende Wirkung. Der diesem in den Edictsworten formulirten gegenüberstehende Fall, welchen nach dem Materiale unseres Titels Ulpian und Paulus vorwiegend

behandeln, wo nämlich der actor seinen Anspruch beschwört, und den Donellus als eine besondere Contractsart dem obigen entgegenstellt, ist, wie die Fragmente aus dem 22. Buche Ulpian's zeigen, eine an den Edictsfall unmittelbar angelehnte und im Zusammenhang mit diesem behandelte Version (cfr. z. B. l. 9 § 1 h. t.). Die bei ihm hervortretende Rechtsentwickelung ist jedoch erst unten zu verfolgen.

3. Die Wirkung des Eides bei dem in den Edictsworten enthaltenen Falle liegt in der Zerstörung der actio. „Ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, — actionem non dabo. Hier begegnen wir derselben Entwickelung des Prozeßrechts wie bei der res judicata und der transactio.

Erstens nämlich hatten alle drei nach älterem Rechte ein praejudicium zur Folge und wurden vom Prätor zu einer praescriptio formulirt; und

zweitens zerstörten alle drei ursprünglich die formelle actio und entwickelten mit der Ausbildung des Rechts ihre Wirksamkeit zur Erledigung der materiellen Streitfrage.

1. Zu der ersteren Annahme führen uns schon die unzweideutigen Worte des Edicts. — Nach Ulpian's Interpretation liegt allerdings für seine Zeit die Sache anders. Er schreibt nämlich alternativ dem Eide die Wirkung zu entweder einer Verweigerung der actio oder einer exceptio, jenachdem die Behauptung des geleisteten Eides vom actor anerkannt oder bestritten wird:

> nam posteaquam juratum est, denegatur actio, aut si controversia erit, id est, si ambigitur, an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est (l. 9 princ. h. t).

Eine exceptio befreit aber den sie Vorschützenden nur von einer Verurtheilung, — er wird auf Grund derselben absolvirt — nicht von einer actio, die jene vielmehr voraussetzt.

Dagegen wurde durch die Behauptung eines solchen geleisteten Eides nach dem strengen Principe der Klagenconsumtion die Möglichkeit einer actio bestritten, und damit ein Vorverfahren nothwendig, zu dem „das bereits zu Gaius' Zeiten antiquirte Institut der Präscriptionen" diente. Von ihnen sagt Puchta in den Institutionen (Bd. II § 171):

„Diese Form war dann ganz entsprechend, wenn die Einrede darauf berechnet war, den Prozeß selbst als unstatthaft darzustellen; der Ort, den sie einnahm, enthielt für den Richter die Anweisung, vor Allem über die Begründung der Einrede zu urtheilen uud nur, wenn er sie nicht gegründet fand, die übrige Formel als gegeben zu betrachten. War sie gegründet, so wurde nicht etwa der Beklagte absolvirt, sondern es wurde überhaupt keine Sentenz gegeben; es wird dadurch die Deductio der Sache in judicium verhindert, und darin besteht der wichtige Unterschied dieser Präscriptionen von den Exceptionen, auch den dilatorischen."

Derselbe Schriftsteller erachtet es dann als wahrscheinlich, daß die res judicata in einer solchen praescriptio geltend gemacht wurde, wozu Rudorff in einer Note bemerkt, daß dasselbe von der transactio gelte. Es können nun aber auf Grund der in den klassischen Schriften stehen gebliebenen Ausdrücke für das jusjurandum ebenso wenig Zweifel übrig bleiben, wie für die transactio und res judicata.

Für die res judicata: Quum res inter alios judicatae nullum aliis praejudicium faciant, l. 1 de exc. rei jud. 44, 2 (Ulpianus);

für die transactio: Qui — — praescriptione factae transactionis non summovetur, l. 9 de trans. 2, 15 (Ulpianus);

für das jusjurandum: nec tamen praejudicium perjurio alterius fiet, quia non quaeretur, an dare

eum oporteat, sed an actor juraverit, l. 28 de jurej. etc. in f. 12, 2 (Paulus);
ceterum adversus alium, si velit praerogativa jurisjurandi uti, nihil ei proderit — quia etc. l. 9 in f. de jurej. 12, 2 (Ulpianus).

Auch der Ausspruch des Paulus „jusjurandum speciem transactionis continet" (l. 2 de jurej. 12, 2) würde, falls eine praescriptio für die transactio feststünde, zu der obigen Annahme führen. Noch gewisser aber muß dieselbe aus den Anfangsworten der lex 1 unter dem, gerade auf den hier in Frage stehenden Punkt des alten Rechts verweisenden, Titel „Quarum rerum actio non datur" (Dig. 44, 5) hervorgehen, welche die res judicata und das jusjurandum in dieser Wirksamkeit ganz gleichstellen:

jusjurandum vicem rei judicatae obtinet etc.

Bei dieser Annahme für das ältere Recht ergiebt sich für Ulpian, daß, sofern er ein „denegatur actio" als Wirkung des Eides angiebt, dieses einen ganz andern Sinn hat, da die Thatsache des Eides lediglich einer liquiden Einrede für ihn gleichsteht.

2. Auch der zweite Punkt, daß das hier in Rede stehende jusjurandum nach altem Rechte nur die actio zerstört habe, während es nach den Fragmenten unseres Titels die eadem quaestio beseitigte (et omnino hoc observandum est, licet per aliam actionem eadem quaestio moveatur, ut exceptio jurisjurandi locum habeat (l. 28 § 7 h. t.), dürfte schon nach der allgemeinen Entwickelung des römischen Civilrechts wahrscheinlich sein. Ausdrücklich wird die Klagenconsumtion noch einmal, obschon für eine actio publica, als Resultat des Eides erwähnt:

nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si etc. l. 30 § 3 h. t. (Paulus).

Die Verwandtschaft zwischen dem jusjurandum und der res judicata würde ebenfalls dazu führen [2]).

Allein, ich glaube, schon die angeführte Stelle selbst weist von der am Anfange des dritten Jahrhunderts unserer Zeitrechnung geltenden Wirkung des Eides in den Worten „licet per aliam actionem“ vollständig genügend auf das frühere Recht zurück, — ebenso wie die Worte:

> Exceptio jurisjurandi non tantum, si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, sed etiam si alia etc. (l. 28 § 4 h. t.).

Die Worte des Edicts „ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit“ können also im Sinne einer den Commentatoren vorangehenden Zeit nur so umschrieben werden, „si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum“.

Im Vorstehenden habe ich an den Edictsworten der Fragmente 3 und 7 dieses Titels das Recht einer Zeit vor den Edictscommentatoren zu charakterisiren oder für die Lehre von diesem Falle des Transactionseides anzudeuten versucht. Es liegt nicht in meiner Absicht, — würde es mir möglich sein, — Zeitbestimmungen zu suchen, und für Anfang und Ende der einzelnen Formen und Anschauungen geschichtliche Momente anzugeben. Mit einer historischen Arbeit in diesem Sinne hat dieser Aufsatz nichts zu thun. Nur diese allgemeine Bemerkung möchte ich anführen, daß Ulpian und Paulus, deren Fragmente uns insbesondere beschäftigen, in höherem Grade bestrebt erscheinen, das lebende Recht ihrer Zeit, welches durch die Forderungen der aequitas überall über das enge Civilrecht hinausgetrieben ist, mit den Bestimmungen des alten Rechts zu verweben, als davon abzusondern.

2) Für letztere vgl. Pfeiffer (Civil. Archiv Bd. 36 Nr. 6 und 10), Beitrag zur Lehre von der Wirkung rechtskräftiger Urtheile S. 11.

Mit feiner, juristischer Technik haben sie für den immer weiter ausgebreiteten, vielseitigeren und reicheren Inhalt des römischen Verkehrslebens die ihm entsprechenden juristischen Formen aus den knappen Umrissen des Civilrechts herauszuarbeiten verstanden. Mit Recht ist die interpretatio als das Wachsthum des römischen Civilrechts bezeichnet, als welches sie uns die Unterschiede des Alten und Neuen viel öfterer verbirgt, als auszeichnet.

§ 9.

Der andere Fall des Transactionseides, wo der actor den ihm über das Forderungsrecht vom zu Verklagenden angetragenen Eid leistet, — und dieses ist der von Donellus, wie oben gezeigt wurde, hervorgehobene Fall — ist lediglich eine Version des in den Edictsworten behandelten. Er erscheint im unmitttelbaren Anschluß an diesen in den Fragmenten des 22. Buches von Ulpian's Commentar, als seiner Natur nach eins mit demselben, — und ist, wie oben entwickelt wurde, nicht, wie Donellus annimmt, der Grund, weshalb die Lehre vom jusjurandum unter die Condictionen kam.

Seine Voraussetzungen und Wirkungen, sowie der Punkt seines Eintritts sind also dieselben, wie die im § 8 behandelten, nur durch die Verschiedenheit des Falls modificirt. Allein diese Verschiedenheit hat andererseits hier eine reiche Entwickelung neuer Rechtsbildungen zur Folge gehabt.

Er ruht also einzig und allein auf dem freien gemeinschaftlichen Willen der Parteien; — bei ihm giebt es kein referre jusjurandum.

> jurejurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, l. 9 § 1 h. t. (Ulpianus).

Auch ist hier der Gebrauch des Eides als eine Vorfrage, eine Vorwahl vor Anstellung einer Klage oder doch vor der Formulirung der actio nach altem Rechte zu denken (praerogativa jurisjurandi uti l. 9 in f. h. t.). Auch er wurde über das Recht geleistet, indem er auf die in jus concipirten Klagintentionen ging. Durch ihn wurde gleichfalls die formelle actio consumirt. Allein wodurch sich dieser Fall so wesentlich von dem in den Edictsworten bezeichneten unterscheidet, ist die Erzeugung einer neuen Klage, in die er den Inhalt der alten herübernimmt, dem er dadurch einen Anspruch auf sofortige Execution sicherte.

— actor vero acquirit actionem, in qua hoc solum quaeritur, an juraverit „dari sibi oportere" vel quum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.

Hatte der Eid dessen, der verklagt werden sollte, und dessen, der zu klagen beabsichtigte, in der Consumtion der actio dieselbe formelle Wirkung, so war diese in materieller Hinsicht in beiden Fällen eine diametral entgegengesetzte. Denn während dort ein etwaiger begründeter Anspruch durch den Eid zerstört wurde, wird hier ein möglicher Weise vorher nicht vorhandener Anspruch durch den Eid contrahirt. Für jene Aufhebung wie diese Entstehung einer Forderung bildete mittelbar der übereinstimmende Parteiwille, formell das jusjurandum die Grundlage. Die Nichtannahme des Eids hat beiderseits gleichwenig rechtsnachtheilige Folgen (cfr. l. 5 § 4 h. t.). Das Charakteristische besteht also nur zunächst darin, daß

erstens das Recht an die Leistung dieses Eides für den zu Verklagenden nachtheilige Folgen knüpft,

zweitens, daß zu diesen Folgen die Begründung ei-

ner actio gehört, bei der nur die Frage, ob geschworen ist, also ihr Fundament, verhandelt werden kann.

1. Dieser Fall, den wir nicht aus Edictsworten direct kennen, scheint insbesondere Gegenstand der Interpretation gewesen zu sein. Von ihm handelt Ulpian in den Fragmenten des 22. Buchs seines Commentars vorwiegend (cfr. l. 9, 11, 13 ff. h. t.).

Nicht selten werden die für den Fall des Edictseides geltenden Rechtssätze als für diesen Fall analog gültig anerkannt. So heißt es zum Beispiel, daß, weil der Eid in seiner negativen Funktion (im Edictsfalle) dem zu Verklagenden zu Gute kommt, wenn ein defensor oder procurator, dem er angetragen wurde, ihn geleistet hatte, deshalb auch das jusjurandum in seiner positiven Wirkung dem dominus eine Klage verschaffen muß, wenn es von einem zur Klage bestellten procurator geschworen war (l. 9 § 6 h. t.); oder daß der Eid bei seiner positiven Funktion ebenso in seiner Wirksamkeit auf die Parteien und ihre Rechtsnachfolger beschränkt ist, wie es das lediglich verneinende jusjurandum nach dem Edictsfalle ist (cfr. l. 9 § 7 im Vergleiche mit l. 7 und 8 h. t.):

> quia jusjurandum alteri neque prodest neque nocet (l. 3 § 2 h. t.)

2. In den Quellen ist scharf hervorgehoben, wodurch der Eid für den Fordernden werthvoll, für den reus nachtheilig wurde. Stand seine Ableistung fest, so führte sie zu sofortiger Execution, war sie bestritten, so bildete dieser Punkt die einzige Streitfrage (l. 9 § 1 h. t.). Dies galt jedoch unbedingt nur für eine actio, und sofern im alten Rechte gerade im Hinblick auf sie die praerogativa jurisjurandi zuerst zugelassen sein sollte (— wie die interrogatio und responsio in jure nach Callistratus in der l. 1 princ. de

interr. XI, 1 gerade für sie nothwendig geworden sind —), so würde jener Satz allgemein nur für das alte Recht Gültigkeit haben. Diese actio war die auf ein in obligatione versirendes certum gehende actio in personam. Nur bei ihr konnte es nach der Natur ihres Gegenstandes völlig gleichgültig sein, ob der Anspruch vor der Eidesleistung bestand oder nicht. Das jusjurandum wurde hier zu einem völlig erschöpfenden Fundament des neuen Anspruchs auf Execution. — Ganz anders lag es, wo die intentio auf eine bestimmte Sache (res im engeren Sinne) ging. Nach der Natur des Gegenstandes war hier eine gleich rücksichtslose Wirkung des Eides unmöglich. War die Sache, über deren Zuständigkeit geschworen wurde, nicht selbst bei der Hand, so war ihr Vorhandensein in rerum natura sowohl für das Dasein einer ursprünglichen obligatio, als für das Dasein eines aus dem Eide erwachsenden neuen Anspruchs, eine und zwar im Zweifelsfalle noch nachzuweisende Voraussetzung. Eine in obligatione versirende res war also stets ein ungewisser, ein dem Untergange unterworfener Vermögensanspruch, kein certum, das seiner abstrakten Natur nach als nicht vergänglich gedacht wurde. Das Wesen der auf ein certum gehenden obligatio ging nun auf die, eine res certa zum Gegenstande habenden, Obligationen dadurch über, daß die Römer die Sache beim Eingange in die Klage in ihren Werth auflösten und durch die Einfügung dieses Werths in die Formel, der rei aestimatio, für alle Fälle die Dauer der obligatio sicherten. Die Schätzung „quanti ea res est“ gab der principiell auf eine vergängliche Sache gehenden intentio dadurch eine Unvergänglichkeit in Betreff des Gegenstandes, so daß nun mit Rechtsnothwendigkeit und unzweifelhafter Gewißheit eine solutio erfolgen mußte; — obligatio

est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae.

Nach einem Eide des Klägers über eine intentio, deren Gegenstand eine res war, mußte daher außer der Leistung des jusjurandum noch feststehen, daß zur Zeit derselben, oder in dem Augenblicke, wo die obligatio anfing, gegen den Bestand oder Untergang ihres principalen Objects gleichgültig zu sein, die Sache vorhanden war:

> si juravero, „te Stichum mihi dare oportere“ qui non sit in rerum natura, nec aestimationem mihi praestare reus debet, l. 30 § 1 (Paulus).

Ein weiterer für diesen Eid wichtiger Punkt ist folgender. Aus der Verwandlung der Wirkung des Eides von der Consumtion der formellen actio, cujus nomine exactum fuerit jusjurandum, zu der Erledigung des materiellen Streitgegenstandes, so daß nun „per alteram actionem altera quoque consumitur“, l. 28 § 4 h. t. (Paulus), folgte naturgemäß, daß nun auch der gesammte Inhalt des Eides seine processualische Wirksamkeit erhielt. Allein hier ist offenbar die Rechtsentwickelung zwischen dem Bestreben der klassischen Autoren nach einer principiellen Verfolgung der Rechtssätze in ihre Consequenzen, — ein Bestreben, das Paulus, den vorletzten der großen römischen Juristen, auszeichnet, — und dem conservativen Bemühen, das neue Recht mit dem alten überall in Einheit zu erhalten, — ein Bemühen, das in den Stellen von Ulpian hervortritt, — in der Mitte stehen geblieben. Denkbar erschiene nämlich zunächst, daß man entweder, streng festhaltend an dem Begriffe der Klagenconsumtion, nunmehr alle Klagen als consumirt erachtete, deren Inhalt durch den Inhalt des Eides erschöpft wurde, und für diesen gesammten Gehalt die actio e jurejurando zuließ, oder, indem man den Gesichtspunkt der Klagenzerstörung

vollständig fallen ließ, die Wirkung des Eides nur auf den Inhalt der Aktionen bezog, dieselben an sich bestehen ließ, nur daß ihr Inhalt als erwiesen und als Wahrheit unter den Parteien galt, und somit eine actio e jurejurando ganz beseitigt wurde. Diese zweite Auffassung würde als die in Hinblick auf den Verfall des Formularprozesses und das Vorwiegen der materiellen Seite des Rechts natürlichere erscheinen. Und in der That enthalten die Digestenfragmente verschiedene Hinweise darauf.

Nach dieser Anschauung mußte die Wirkung des Eides immermehr der eines voll erbrachten Beweises sich nähern. Es versteht sich von selbst, daß damit nicht etwa auch die Rede von einem Beweis**mittel** ist, vielmehr die Grundlage des hier behandelten jusjurandum lediglich der übereinstimmende Wille der Parteien bildet.

Diese in den Quellen gezogene Analogie zwischen dem „Beschworenen" und „Bewiesenen" löst die alte Lehre von der „Klagenconsumtion" und „Klagbegründung" durch den Eid mehr und mehr auf:

> si, quum de hereditate inter me et te controversia esset, juravero „hereditatem meam esse" id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronuntiatum esset; et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere; perindeque haberi, quod juratum est, atque si probatum esset, l. 11 § 3 h. t. (**Ulpianus**).

> Dato jurejurando non aliud quaeritur, quam, an juratum sit, remissa quaestione, an debeatur, quasi satis probatum sit jurejurando l. 5 § 2 h. t. (**Ulpianus**).

So hebt **Paulus** die Analogie hervor in den Worten:

Eum qui juravit, ex ea actione, quae infitiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli non dupli persecutionem sibi acquirere Pedius ait; abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate etc. (l. 30 princ. h. t.).

So finden wir denn auf diesem Wege zur vollständigen Anerkennung des Inhalts eines Eides, gegenüber seiner alten formellen Wirkung, daß für einzelne Klagen — actiones bonae fidei — die alte Klage neben dem Eide bestehen bleibt, und die aus der beschworenen Thatsache für beide Parteien hervorgehenden Ansprüche von einer jeden derselben klagend geltend gemacht werden können.

si quis juraverit „vendidisse me ei rem centum" ex emto agere poterit, ut ei cetera praestentur, id est, res tradatur et de evictione caveatur. An tamen ad pretium consequendum ex vendito conveniri possit, videndum; et si quidem et de hoc ipso juratum est, quod pretium solutum est, nulla pro pretio actio superest, si vero hoc non fuerit juratum, tunc consequens est, de pretio eum teneri, l. 13 § 3 h. t. (Ulpianus).

Vergl. ferner l. 13 § 4 und § 5 h. t.

Allein trotz dieser vom alten engen Princip der Eideswirkung so wesentlich losgelösten einzelnen Fälle ist die Rechtsentwickelung zur Zeit des Ulpian und Paulus und durch diese Autoren doch weit davon entfernt geblieben, diese neuen Rechtsanschauungen principiell aufzufassen und mit Zerstörung der alten in ihre Consequenzen zu verfolgen, — ein für die moderne Jurisprudenz nicht hoch genug anzuschlagender Vortheil, da sonst jene römischen Fragmente, statt uns Bruchstücke einer großartigen und künstlerisch vollendeten Rechtsentwickelung aufzuweisen, kaum mehr als für unser Recht

ungenügende generelle Sätze enthalten haben würden. Mit dem späteren Wegfalle des Formularprocesses, des Vorverfahrens vor dem Prätor u. s. w., fiel dann der Grund, auf dem sowohl die interrogatio in jure, wie die praerogativa jurisjurandi ursprünglich auftraten. Wie schon nach den Digestenfragmenten eine transactio, deren Entwickelung mit jener des uns hier beschäftigenden jusjurandum wahrscheinlich nahe verwandt war, an allen Punkten eines Processes, so lange noch irgend eine Ungewißheit vorlag, eintreten konnte,

vergl. z. B. l. 1. 7 princ. 11 de transact. 2, 15,

so dürfte analog der Transactionseid von seinem ursprünglichen Proceßstadium (si is, cum quo agetur) als bereits lange losgelöst nach den Fragmenten der Pandecten zu erachten sein. Konnte er doch ihnen zufolge bei allen beliebigen Klagen eintreten:

> quacunque autem actione quis conveniatur, si juraverit, proficiet ei jusjurandum, sive in personam, sive in rem, sive in factum, sive poenali actione, vel quavis alia agatur, sive de interdicto, l. 3 § 1 h. t. (Ulpianus).

Aehnlich dieser Erweiterung des Gebiets des jusjurandum, — und noch die Bezeichnung selbst deutet auf den engen Umfang des alten Rechts, — welchen Eid die Edictsworte auf eine in jus concipirte und in personam zu richtende actio anführen, wurde die nach Callistratus bei einer actio „si certum petetur" in einem Einzelnfalle nothwendig werdende interrogatio in jure auf verschiedene fern abliegende Rechtsverhältnisse übertragen".

vergl. z. B. l. 10, 11 princ. de interr. 11, 1.

Wie das jusjurandum in seiner Wirkung sich mehr und mehr dem erbrachten Beweise näherte, so wurde die responsio in jure darin einer confessio in jure immer ähnlicher, vergl.

z. B. l. 16 § 1 de interr. 11, 1. Eine Verfolgung dieser Entwickelung würde hier jedoch zu weit vom Gegenstande ablenken.

§ 10.

Hier fasse ich die Summe des Vorigen zusammen.

Nach der Bestimmung des Edicts, welche denen über die actiones in personam voranging und neben der Anordnung der interrogatio und responsio in jure stand, konnte vor einer actio in personam ein Vorverfahren durch den Eid eintreten; der Fordernde trug ihn dem zu Verklagenden an. Gegenstand war die in jus zu concipirende Klagintention — daher jusjurandum —, Wirkung die Consumtion der actio und bei dem Versuche einer Wiederanstellung ein praejudicium pro reo. Antrag und Annahme des Eides lag in dem freien Willen der Parteien. Bei Nichtannahme galt der Anspruch als nicht in jusjurandum geführt, so daß einer deductio in judicium nichts im Wege stand. Nach den Fragmenten konnte dieser nämliche Eid als jusjurandum des Fordernden eintreten. Ging er auf eine intendirte Geldsumme, so erwuchs daraus ein unmittelbarer Executionsanspruch (persecutionem sibi acquirere l. 30 princ. h. t.). Anders wenn ein incertum in Frage stand. Hier bedurfte es noch einer Schätzung des Gegenstandes (l. 30 § 2 h. t.). Bei beschworenen dinglichen Rechtsverhältnissen wurde eine vollständige in personam gerichtete actio in factum nothwendig (l. 11 h. t.).

Bei Ulpian, der im 22. Buche seines Commentars, und bei Paulus, der dieses Eidrecht im 18. Buche seines Werks zum Edicte behandelt, findet sich dasselbe dahin entwickelt, und verwandelt, daß über die Zerstörung der actio hinaus durch das jusjurandum die seinen Inhalt bildende

quaestio erschöpft wurde, und seine Wirkung, statt ausschließlich das Recht der Parteien festzustellen, so oft er auf Thatsächliches ging, nur darin bestand, daß dieses Sächliche unter den Parteien als Wahrheit galt. Die Behauptung des geleisteten Eides wurde nicht mehr in einem Vorverfahren erledigt, sondern mittelst einer exceptio. Ihr Vorbringen war nicht beschränkt auf die bei dem Eide intendirte Klage. Der Transactionseid erscheint bei allen beliebigen Aktionen und hat damit aufgehört, ausschließlich ein Vorverfahren in jure zu sein. In factum gerichtete bonae fidei actiones wurden durch ihn nicht consumirt, ihr sächliches Fundament lediglich als erwiesen angenommen, und für beide Parteien das Recht anerkannt, seinen Inhalt als Grundlage von Ansprüchen zu benutzen. Die Natur der transactio in ihm erhielt sich nur darin unverändert, daß nur einem dem Antrage des Gegners genau entsprechenden Eide die Wirkung des jusjurandum zukam, daß in Betreff der religiösen Fassung des Eides, sofern nur kein verbotener Glaube in Frage war, der Parteiwillen ebenso ausschließlich entschied, und die Behörde ebenso indifferent war, wie rücksichtlich des Antrages und der Annahme selbst (cfr. l. 5 § 3 h. t.), und daß dieser Eid nicht Dritten, sondern nur den Parteien präjudicirte.

Für eine von dieser in den Digestenfragmenten vorliegenden Entwickelung des Eides weit entfernt liegenden Folgezeit mußte denn freilich die ursprüngliche Eigenthümlichkeit des jusjurandum, sein Erscheinen vor der actio, und die Verschiedenheit in den einzelnen Fällen: als Eid des Klägers oder des Beklagten, als Eid in jus oder in factum, über obligatorische oder dingliche Rechtsverhältnisse, über ein certum oder incertum u. s. w. — sehr gleichgültig sein, und die Charakteristik desselben sich im Wesentlichen auf die Freiwilligkeit des Antrags und der Leistung beschränken, so daß für

eine solche Zeit die Bezeichnung „jusjurandum voluntarium" seine Natur so gut wie erschöpfte.

Das einzig praktische Resultat aus dem Vorstehenden liegt für uns meines Erachtens darin, daß wir nur mit steter Rücksicht auf die — im Obigen freilich nur bruchstücksweise angedeutete — Entwickelung des Eides, und ohne aus unserm Rechtsleben hineinzutragende Willkür, die einzelnen Aussprüche in den Fragmenten benutzen können.

II. Vom Solutionseide.

§ 11.

Die Fragmente des 26. Buches von Ulpian's Edictscommentare thun dar, wie oben hervorgehoben, daß dort die condictio und zugleich der Eid behandelt wurden. Die Worte des Edicts sind uns in der l. 34 erhalten. Nach ihnen konnte ein jusjurandum bei einer deductio in judicium vorkommen, wogegen der Transactionseid in seiner Anwendung im älteren Rechte eine solche unmöglich machte, die actio zerstörte — und gerade ante judicium gedacht wurde.

Ist das über die Stellung und den Zusammenhang der Fragmente Angegebene richtig, so führt es zu der Annahme, daß die Bestimmung des Prätors „eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam" sich auf die condictio bezog. Manche Züge aus dem freilich beschränkten Materiale über diesen Eid in den Digesten bestätigen diese Annahme. Es bedarf nur einer Auseinanderhaltung älterer und neuerer Rechtsbildungen, sowohl hinsichtlich der condictio als des bei ihr zugelassenen Eides.

Die auf eine Geldsumme aus einem Gelddarlehen gehende actio stricti juris trägt nach der citirten Institutionenstelle den Namen einer condictio. Die Bezeichnung geht also auf

eine actio, eine Prozeßformel, die sich sowohl durch den Gegenstand, nämlich eine bestimmte Geldsumme, als durch ihren Rechtsgrund, die darlehnsweise Hingabe derselben Geldsumme, kennzeichnet. Der Klagende fordert genau das Seinige, — nicht im Sinne des Eigenthumsrechts, das an den Körpern allein denkbar ist, — sondern in dem Sinne einer abstrakten Identität gleicher Geldsummen: suum repetit. Die Uebertragung des Eigenthums an den Münzen mit der von beiden Theilen anerkannten Darlehensbestimmung verwandelt den Begriff des suum also von einer Herrschaft über Dinge zu einem Rechtsanspruche gegen eine Person. Diese Verwandlung ist nothwendig, weil nur durch die völlige Dispositionsbefugniß des Empfängers über das Geld dieses für ihn gebrauchsfähig wird. Bei Sachen, deren Gebrauch für den Gebrauchenden nicht mit einem Verbrauchen zusammenfällt, erscheint jene Verwandlung nicht nothwendig und nur möglich, sofern nach Verbrauch oder anderweitigem Untergange solcher Sachen genau dieselben noch vorhanden sein sollten, d. h. sofern sie von vornherein als vertretbar gedacht wären.

Die obligatio aus dem Darlehen tritt an die Stelle des Eigenthums als ein vorübergehendes Verhältniß, das durch Rückgabe der gleichen Summe und Uebertragung neuen Eigenthums gelöst wird. Wie aber der Begriff der Summe unzerstörbar ist, so wird dieses Substrat derselben, gemünztes Geld, nicht nur als stets vorhanden, sondern auch dem Werthe nach als unveränderlich gedacht, wie es Paulus in der bekannten Stelle am Eingange der Lehre vom Kauf bezeichnet: materia, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subvenit. Es charakterisirt sich also dieser Gegenstand der obligatio durch die rechtliche von keinem Zufall zerstör-

23*

bare Gewißheit, wonach einmal der Zweck der obligatio, die Lösung, erfolgt, und der Berechtigte ganz genau dasselbe, was er zum Eigenthum übertrug, erhält. Die Annahme einer dauernden Identität des Werths gleicher Münzen, wie sie dem altrömischen Obligationenrechte unterliegt, eine Annahme, die nur für diese materia gilt, hat den römischen Rechtsbildungen auf diesem Gebiete nach meiner Ansicht eine Einheit und Stetigkeit verliehen, der gegenüber die bei einem entwickelten Handelsverkehre hervortretende Ungenauigkeit jenes Axioms doch nie zu einer Beseitigung desselben führen kann.

Neben dem certum in diesem Sinne, als Gegenstande, und dem Darlehen, als Rechtsgrunde der condictio, treten nun im römischen Digestenrechte in einem oder dem andern, oder in beiden Punkten verschiedene Condictionen auf. Neben den Contracten des Civilrechts, welche eine actio condictionis zur Folge hatten, erkannte die aequitas eine große Anzahl von Einzelnfällen: indebiti, ob causam datorum etc. mit gleicher Wirkung an. Die Prozeßformel des Darlehens wurde auf diese übertragen.

Andererseits erscheint die enge, einfache actio der condictio certi für andere Gegenstände durch eingeschobene Wendungen, namentlich eine rei aestimatio modificirt, und insbesondere hierdurch beweglich und fähig zu der reichen Ausbildung des Condictionenrechts, welche in den Pandekten vor uns liegt. Ich habe bei einer andern Gelegenheit diese Entwicklung zu verfolgen gesucht. Hier muß ich mich auf kurze Andeutungen beschränken. Die rei aestimatio hat von der Feststellung der Werthsumme bei der litis contestatio, dem quanti ea res est zum id quod interest eine eigne mit der Ausbildung des Verkehrslebens zusammengehende Entwickelung erfahren. Gegenstände aller Art, selbst das in obligatione

esse (bei der condictio promissi) erscheinen als Objecte einer species condictionis.

Nur darin scheint mir der Grundcharakter der condictio überall hin fortgewirkt zu haben, daß erstens (in Betreff des Gegenstandes) die Condemnation nur in Geld, einen allen andern Werthen gegenüber als unveränderlich aufgefaßten Vermögensausdruck, ging, und daß zweitens (in Betreff des Forderungsrechts) der Gedanke des suum repetere, wenn auch durch künstliche Fictionen vermittelt, festgehalten wurde.

Die solutio beim Gelddarlehen bestand also in Uebertragung einer der empfangenen gleichen Summe gleicher Münzen zum Eigenthume, — also einem dare rücksichtlich der Metallkörper, einem reddere rücksichtlich des durch sie ausgedrückten Werths. So reichhaltig und verschiedenartig aber auch nach den Pandekten die Obligation hinsichtlich der Gegenstände, auf welche sie sich bezieht, auftritt, so zeigt doch selbst der Ausdruck, in welchem die späten klassischen Autoren die Lösung einer Obligation zu definiren suchen, daß sie noch mit dem im alten Rechte mit dem Worte verbundenen engen Begriffe der Hingabe von Münzen ringen. So sagt z. B. Paulus im 56. Buche seines Edictscommentars (l. 54 de solut. 46, 3):

> solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem.

So ist das solvere in dem aus dem 26. Buche von Ulpian's Edictscommentare entnommenen ersten Fragmente unter dem Titel de condictione indebiti, obwohl ohne jede anderweitige Bezeichnung, nur vom certum zu verstehen:

nunc videndum de indebito soluto. Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest,

indem, wie oben schon angedeutet, die „haec actio" auf die Geldklage bezogen werden muß und nur bezogen werden kann.

Die Definition desselben Juristen „solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet" ist also ein aus dem Rechtsleben seiner Zeit im Gegensatze zu einem engeren gewonnener Begriff, den man ihn in einer andern Stelle sogar noch erwerben sieht:

satisfactio pro solutione est (l. 52 de solut. 46, 3).

Die Edictsworte: Ait Praetor, eum a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam, sind sonach zunächst auf die actio condictionis in der einfachsten Form, als Klage auf eine Geldsumme zu beziehen. Nach jenem Satze hat der Beklagte nur die Alternative, zu zahlen oder zu schwören. Der Eid tritt also an die Stelle der solutio.

Jusjurandum etiam loco solutionis cedit, l. 27 h. t. (Gaius);

quia jusjurandum in locum solutionis succedit, l. 28 h. t. (Paulus);

sive pro solutione — hoc jusjurandum cedit, l. 35 § 1 h. t. (Paulus).

Auch dieses jusjurandum geht ebenso wie der nach altem Rechte vor der actio mögliche Eid auf das se dare non oportere, das jedoch hier wirklicher Theil einer gegebenen Prozeßformel ist, dort dagegen an die Stelle eben dieser tritt (transactio). Nach heutiger Auffassung, wo ein Rechtseid nicht mehr vorkommen soll, so oft das freilich in Wahrheit geschieht, würde man dennoch eine Unterscheidung anzuneh-

men geneigt sein, ob die Nichtschuld, welche beschworen wird, das Nichtentstandensein einer Schuld oder das Nichtmehrbestehen der Schuld heißen soll. Diese Unterscheidung findet sich auch in den Fragmenten, welche uns hier beschäftigen, aber sie gehört höchst wahrscheinlich nicht der Zeit an, wo dieses Eidrecht in Gebrauch kam. Der vom Prätor geübte Zwang ging nur auf „Zahlen oder Schwören" und konnte nicht dahin gehen, daß der in jus concipirten Formel gegenüber der Beklagte Erklärungen in factum abgab, somit statt durch den Eid gleichsam Richter seines Rechts zu werden, lediglich Material für ein Urtheilen des judex geliefert hätte. Der die Nichtschuld beschwörende Beklagte stellte damit fest, daß er so völlig ohne Zahlungsverpflichtung sei gegenüber dem angeblichen Obligationsgrunde, aus dem eine actio in judicium deducirt war, und nahm dieser Eid so vollständig zum Nachtheil des Klägers die Stelle einer solutio ein, daß ein früheres solutum des Beklagten als eine gezahlte Nichtschuld condicirt werden konnte, et solutum repeti potest (l. 40 h. t.). Zuschieben konnte diesen Eid derjenige, welchem mit Recht Zahlung geleistet werden konnte, z. B. geschäftsführende Vormünder,

nam et solvi iis potest (l. 17 § 2 h. t.);

oder der ein peculium verwaltende Sclave,

huic enim solvi quoque recte potest (l. 21 h. t.);

dagegen konnte ein Pupill diesen Eid nicht deferiren: jurisjurandi gratiam facere pupillus non potest (l. 32 h. t), denn eine Zahlung an ihn liberirte nicht: Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest (l. 15 de solut. 46, 3).

Wie also die Befugniß zu einem Eidesantrage transactionis causa auf die Befugniß zu entäußern zurückgeführt wurde, so die zur Eidesdelation pro solutione auf den Um-

stand, ob durch Zahlung an den Deferenten Liberirung erfolge.

Nach den Edictsworten konnte dieser Eid als eine alternativ zur Zahlung sich verhaltende Leistung bei Einleitung einer condictio certi vor dem Prätor gefordert werden. Und nur für diesen Fall ist darnach ein Zwang, eine Beschränkung der Freiheit des Willens der Privaten, anerkannt. Der einfachen intentio in jus entsprach die Eidesformel in jus. Intendirte Kläger auch nur ein Geringes zu viel, so war, da es sich nur um die scharf bestimmte Geldsumme handelte, welche zu modificiren nach Anstellung der Klage unmöglich war, die Folge des Eides selbstverständlich. Welche der alternativ geforderten Leistungen folgte, stand lediglich bei dem Beklagten, wie andererseits die nothwendig einer der beiden Leistungen folgende Wirkung, als absolutio durch den judex, vom Prätor von vornherein vorgeschrieben war, so daß das Ermessen des Richters keinerlei Spielraum hatte. Für den Fall, daß die eine und die andere Leistung verweigert wurde, trat sofortige Condemnation als Folge ein (l. 34 § 9 h. t.). Auch dies war, wie unten hervorgehoben werden wird, nur im strengen Sinne möglich bei der intentio auf ein certum.

Zugleich mit der Erweiterung, Entwickelung und Verwandlung der Condictionenklage finden wir das Gebiet dieses Eides erweitert. Die Uebertragung der actio auf anderweitige Rechtsfundamente, z. B. die irrige Zahlung einer Nichtschuld, hatte, sofern der Gegenstand der Klage ein certum blieb, nur insofern modificirenden Einfluß, als die Anerkennung dieser Forderungsgründe auf der aequitas ruhte, und diese, namentlich durch spätere Zulassung einer exceptio doli, allmählig die starre Rücksichtslosigkeit des strictum jus beseitigte. Dagegen erscheint zugleich durch die auf eine res im Sinne der

l. 1 de cond. trit. 13, 3 gehende condictio, welche insbesondere durch die civile Contractsform der promissio vermittelt vorkam, die actio von vornherein verändert, und mußte, da die Condictio auf jedes mögliche incertum gehen konnte, die nach dem Edicte ausschließliche Beziehung des Eides zu diesen Aktionen ihre Bedeutung verlieren.

> jusjurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet, etiam de operis jusjurandum deferri potest (l. 34 princ. h. t.)

Wie also zu Ulpian's Zeit bei allen Arten von Klagen der Transaktionseid zulässig war (l. 3 § 1 h. t.), so bei allen Arten von Klaggegenständen der Solutionseid.

Naturgemäß konnte der Ausspruch der l. 34 § 9 nur modificirt angewandt erscheinen bei den abgeleiteten Fällen der condictio. Eine condemnatio war bei Sachen und Handlungen nicht sofort möglich, sofern eine rei aestimatio oder ein judicium litis aestimandae vorhergehen mußte. War eine res in obligatione, so war die Alternative: solvere aut jurare, selbstverständlich davon abhängig, daß die Sache im Augenblicke, wo sie geleistet werden mußte, noch vorhanden war. Denn wie nach den Worten des Paulus (l. 30 § 1 h. t.) der Beklagte dem Kläger nicht den Werth schuldete, wenn dieser geschworen hatte, Beklagter schulde ihm Stichus, Stichus aber nicht mehr am Leben war (siehe oben) — so mußte, wenn Kläger Stichus oder einen Eid der Nichtverpflichtung verlangte, feststehen, daß jener lebte. War das nicht der Fall, und erließ der Kläger nicht den Eid, so hatte der Beklagte das Recht auf eine Frist zur Vergewisserung über Stichus Nichtexistenz, um dann die Nichtschuld (se liberatum) zu schwören (l. 34 princ.). Auch dieser Rechtseid (jusjurandum) wurde somit bei Klagen, bei

denen theilweise oder ausschließlich Sächliches in Frage stand (— nur bei der actio stricti juris „si certum petetur" stand ausschließlich das jus in Frage —) ganz analog dem Transaktionseide zum Theil oder ausschließlich ein Eid über Thatsächliches, und war in diesem Eide ein Mittel gegeben, durch Leistung oder Verweigerung den Sachverhalt eines Klagfundaments festzustellen. Die Thätigkeit des judex war bei dem Rechtseide, das beschworene Recht auszusprechen (jus dicere), bei dem Eide über Sächliches, die Wahrheit des Beschworenen zur Grundlage seines Urtheils zu machen und darauf hin zu richten (judicare). Wichtig nur blieb zugleich mit der aus der condictio certi stammenden Condemnation in eine Geldsumme, die überall festgehalten wurde, daß, wie die confessio einer bestimmten Geldsumme so gut wie ein Judicat war und Execution nach sich zog, so der Eid über eine solche Geldschuld jedes weitere Verfahren ausschloß, die Execution dagegen auch gerade auf dieses certum beschränkte.

> si mulier juraverit „decem dotis sibi deberi", tota ea summa praestanda est; sed si juravit, „decem se dedisse in dotem" hoc solum non erit quaerendum, an data sint, sed, quasi data sint, quod ex eo reddi oportet, praestandum erit.

Wir stehen hier bei einem Eidesfalle, wo der Kläger schwört.

Die auf uns in den Digestenfragmenten gekommenen Edictsworte bei dem hier sogenannten Solutionseide enthalten ebenso einseitig eine Bestimmung in Betreff eines Eides dessen, gegen den eine Forderung gerichtet wird, als die oben besprochenen Worte des Prätors bezüglich des oben bezeichneten Transaktionseides. Wie aber letzterer Eid nach den Fragmenten umgekehrt dem Kläger angetragen werden kann, so zeigen

es die Quellen für diesen. Daß dies nach dem Edicte möglich gewesen sei, wissen wir also nicht. Die Worte des Prätors mildern den Zwang, zu zahlen oder zu schwören, nicht durch den Hinweis auf ein Drittes, ein Zurückschieben des Eides. Hätten sie es im Edicte gethan, so würde ein Weglassen dieses Zusatzes eine durch Ulpian vorgenommene Entstellung des Edictssinnes sein. Die Worte selbst „eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam" lassen die Angabe einer dritten Alternative im Edicte als unwahrscheinlich erscheinen. Daß sich bei diesem Zwange des Prätors das Recht der Relation von selbst verstanden habe, würde eine Annahme sein, welche die jetzt natürliche Betrachtungsweise als eine von je her dagewesene supponirte. Hier im Edicte, wo die Erfordernisse des Rechts, wie sie die Entwickelung des römischen Verkehrs nach sich zog, an den einzelnen Fällen, wo sie erkannt wurden, zur Anerkennung und Formulirung kamen — (ähnlich wie in den Statuten unserer deutschen Städte) — wäre, so knapp immer die Formulirung sein mochte, dennoch bei einer so apodictischen Fassung des Zwangs zu einer alternativen Leistung das Weglassen einer dritten Möglichkeit im hohen Grade auffällig. Dazu erscheint, wenn wir den ursprünglichen Fall dieses Eides erwägen, wo der Beklagte die Nichtverpflichtung zur Zahlung einer bestimmten Summe beschwört (eines so scharf begränzten Jus, daß Skrupel über den Inhalt und die Ausdehnung der Formel nicht auftreten können), eine Veranlassung, die Relation zu gewähren, kaum vorhanden; wenn wir nicht von der Berechtigung einer principiellen Scheu vor dem Eide ausgehen wollen, die, so entschuldbar vielleicht bei Frauen, bei Männern, die dem öffentlichen Leben angehören, so lange sie an ihrer Ehre ungekränkt sind, wahrscheinlich nach altrömischen Begriffen ebenso unentschuldbar erachtet sein würde wie nach alt-

deutschem, nach welchem der eigne Eid und das eigne Recht schon der Sprache nach identisch erscheint [3]).

Es ist mir hiernach wahrscheinlich, daß erst mit der oben angedeuteten Erweiterung des Gebietes für diesen Eid die Möglichkeit der Relation, als ein Recht des Beklagten, resp. des Delaten, anerkannt sei. Als es aufhörte, ausschließlich die feierliche Erklärung über eine ganz scharfbegränzte Schuldfrage zu sein, oder, sofern das jusjurandum auch einen mehr vagen Inhalt haben konnte, Sächliches, von dem nach der Natur der Dinge möglicherweise der Beklagte nichts wissen konnte — und wo die Nichtbefugniß zu referiren ihm also wesentlich Nachtheil gebracht hätte — da tritt, wie ich glaube, erst das referre jusjurandum auf. Ist also die Forderung des Eides (petere jusjurandum) im Edictsfalle aufzufassen als ein Mittel zum Zwecke rascher Streitentscheidung (remedium expediendarum litium), wo ein Eingestehen von Thatsachen überhaupt gar keinen Platz hatte, so wurde das Zuschieben eines Eides über solche (deferre jusjurandum) immer mehr ein Mittel zum Zwecke des Eingeständnisses von Thatsachen. Bei ihm aber mußte die Billigkeit sofort das Recht, den Eid zurückzuschieben, anerkennen. Der Akt, aus den vorangegangenen Thatsachen das Recht festzustellen — bei dem Eide des Edictsfalles eine lediglich dem Gewissen und der Intelligenz des Beklagten unterliegende Vornahme — erscheint nun getheilt und in der zweiten Hälfte dem Richter überwiesen. Hier würde aber der einseitige Zwang, „zu be-

3) Der Abschnitt „van claghe" in den Brem. Statuten von 1428 hebt ganz analog jenen prätorischen Worten an: So we den anderen sculdeghet mit ener slichten clage ane tuch de schal aver bekennen edder vorsaken. Eine Voraussetzung, daß Jemand nicht mit seinem Eide für sein Recht einzustehen bereit sei, dürfte das altdeutsche Recht nicht enthalten.

kennen oder zu schwören", eine völlig ungerechtfertigte Härte sein, der durch das Relationsrecht abgeholfen wurde. Wir sehen noch aus dem in der l. 34 h. t. am Eingange mitgetheilten Ausspruche des Marcellus, in einem Falle, wo es sich um einen Rechtseid bei einer actio stricti juris aus einer promissio handelt, wo aber ein factischer Umstand, die Existenz des Stichus, dem Beklagten ungewiß ist, eine anderweitige Modification des raschen unbedingten Verfahrens mit dem Eide, nämlich die Einräumung einer Frist. Denn erst bei einer vollständigen Trennung der Thatsachen von den Rechtsfolgen sicherte das Recht zu referiren genugsam. Wo die Klagintention in jus ging, blieben ihre factischen Voraussetzungen beim Eide der richterlichen Cognition völlig entzogen, — wie denn auch nach der gewährten Frist in der eben bezeichneten Stelle nicht beschworen wurde, „Stichus sei nicht am Leben", sondern „Beklagter schulde den Stichus nicht" (se liberatum).

Obwohl nun bei dem Eide mit dem Relationsrechte drei Möglichkeiten gegeben sind: „zu bezahlen (resp. zu gestehen), zu schwören oder den Eid zu referiren", so bleibt doch das Moment des Zwanges, den ursprünglich nur der Prätor, bei dem die auctoritas war, nicht aber ein judex üben konnte, die Grundlage dieses jusjurandum. Innerhalb dieser Gränzen kann die jedesmalige Wahl immerhin noch auf den Willen beider Parteien zurückgeführt werden, allein nichtsdestoweniger die Annahme des Eides nicht als Vertrag gelten.

Gaius nun sagt in derselben Schrift, aus dem die Worte stammen, „jusjurandum etiam loco solutionis cedit" (l. 27 h. t.), vom Eide dies:

Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione

ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae.

Darnach werden Proceſſe durch den Eid entweder in Gemäßheit eines Vertrags entſchieden oder nach Maßgabe der richterlichen Gewalt. Der Solutionseid fällt unter den zweiten Geſichtspunkt.

Dieſer iſt nun ebenſo wie der Transaktionseid nach unſern Quellen lange bereits von dem Punkte, wo er im Edictsrechte auftrat, losgelöſt. Er iſt ein Eid über Thatſachen ſo gut wie Recht, von dem Kläger wie von dem Beklagten, über Einreden wie Klagforderungen, über ein incertum wie ein certum. Statt ſofortige Condemnation nothwendig zur Folge zu haben, bedurfte es viel öfterer eines weiteren judicium. Der Antrag vor dem Prätor — und die Ausſchließlichkeit des Verfahrens, das die Worte „zahlen oder ſchwören“ charakteriſiren, mußte mit dem Formularproceſſe nothwendig ſein Ende erreichen.

So waren denn in vielen, allgemeinen Punkten die beiden in den Fragmenten des Titels de jurejurando etc. behandelten Eide ſich ſehr ähnlich geworden. Der dauernde principielle Unterſchied trat nur in der Unterlage, einem freien Vertrage oder einer durch richterlichen Zwang beſchränkten Willensfreiheit, noch ſcharf zu Tage; in den Vorausſetzungen ihrer Anwendung, in der Ungebundenheit von den Proceßmomenten, wo jeder zuerſt Anwendung litt, in ihren Wirkungen wurden ſie ſich weſentlich gleich. So kommt es denn, daß, während die Fragmente aus Paulus' Commentare es hin und wieder zweifelhaft laſſen, ob von einem Eide der einen oder der andern Art die Rede iſt, er auch verſchiedentlich ſie zuſammenzufaſſen ſtrebt,

vergl. l. 35 § 1 h. t.
l. 17 § 2 h. t.

auch bei Ulpian, dessen Fragmente noch beide gesondert behandeln, die Bedeutung der vormaligen Unterschiede dennoch fast ganz zurücktritt.

Für uns erscheint jedoch eine stete Rücksicht auf diese verschiedenen Ausgangspunkte und die in den Pandekten abgelagerte Entwickelung des Rechts unumgänglich nothwendig, wollen wir nicht die Stellen von der durch den Eid hervorgerufenen Beweiswirkung und der Natur des Eides, als Beweismittel, fort und fort confundiren, und den vorwiegend eng und concret gedachten Aussprüchen der klassischen Juristen den Sinn moderner allgemeiner Principien unterlegen.

Vom dritten Eide werde ich bei anderer Gelegenheit handeln. Er kommt unter dem hier besprochenen Digestentitel nicht vor.

V.

Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte [1]).

Von

R. Ihering.

II. Beim Verkauf generisch bestimmter Gegenstände geht die Gefahr nicht mit der Ausscheidung, sondern mit dem Momente über, wo der Verkäufer seinerseits Alles gethan hat, was ihm contractlich oblag.

I.

Die Frage.

Allgemein lehrt man heutzutage, daß beim Verkauf generisch bestimmter Fungibilien die Gefahr auf den Käufer mit der Ausscheidung übergehe, möge dieselbe in Gegenwart des Käufers durch Zumessen, Zuwägen u. s. w. erfolgen oder in Abwesenheit desselben durch Abmessen, Abwägen und die daran sich reihende Versendung, und bis vor Kurzem war ich

1) S. Bd. III Nr. 7.

selbst von der Richtigkeit dieser Lehre vollkommen überzeugt. Mit der Ausscheidung verwandelt sich das generisch bestimmte Object in eine Species, es ist jetzt nicht mehr ein Centner Kaffee, ein Ohm Wein, sondern dieser Centner Kaffee, dieses Ohm Wein, und wie erst mit dieser Verwandlung des Genus in eine Species dem Casus der Zutritt zum Contract eröffnet ist, so muß andererseits auch die Regel des römischen Rechts Platz greifen, daß der Untergang der Species auf Gefahr des Käufers geht.

Indem ich mich anschicke, diesen auf den ersten Blick so einleuchtenden Schluß zu bekämpfen, halte ich es für angemessen, den Leser denselben Weg zu führen, auf dem ich zur Ueberzeugung von der Irrigkeit desselben gelangt bin.

Auch dies Mal war es wiederum, wie bei meinem ersten Beitrag zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract, ein praktischer Fall, der mir den ersten Impuls gewährte, die bisherige Theorie in Zweifel zu ziehen.

Das Handlungshaus N., bei dem unabhängig von einander der A. in X. und der B. in Z. jeder 600 Centner Coacks bestellt haben, wählt zum Transport derselben den Flußschiffer P., welcher regelmäßig dieses Geschäft zu besorgen pflegt, und mißt ihm das Gesammtquantum von 1200 Centnern zu, ohne daß die 600 des A. und die 600 des B. weder beim Zumessen, noch bei der Verladung geschieden worden wären. P. verladet die 1200 Centner auf zwei Schiffe, und zwar 800 auf ein größeres, 400 auf ein kleineres Schiff. In der Nacht vor der beabsichtigten Abfahrt geht letzteres bei einem heftigen Sturme mit der Ladung unter, P. fährt mit dem anderen Schiffe ab und ladet in X., wo er zuerst anhält, bei dem A. 600 Centner ab, so daß der B. nur noch 200 erhält. Da B. nur für letztere den Kaufpreis entrichten will, N. aber den Kaufpreis für die ganzen 600 beanspru-

chen zu können glaubt, so erhebt letzterer Klage. Der Richter erster Instanz wies ihn mit derselben ab, und zwar aus dem Grunde, weil er unterlassen habe, dem Käufer Anzeige zu machen, in welcher Weise und auf welches Schiff die Verladung geschehen sei. Das Gericht zweiter Instanz legte ihm den Beweis auf, daß „die untergegangenen 400 Centner oder wie viel weniger dem Schiffer für den Beklagten zugemessen worden seien," oder m. a. W., da eine solche specielle Ausscheidung auf Namen des Beklagten nicht erfolgt und behauptet war, der Kläger verlor in zweiter Instanz ebenfalls den Prozeß.

Diese letztere Entscheidung war nun vom Standpunkt der herrschenden Theorie aus gewiß vollkommen correct, und doch legte mein Rechtsgefühl lauten Protest dagegen ein. Würde der Verkäufer, fragte ich mich, ebenfalls die Gefahr zu tragen gehabt haben, wenn die beiden Käufer ihm den von ihm gewählten Erfüllungs- und Versendungsmodus ausdrücklich vorgeschrieben gehabt hätten? Gewiß nicht! denn ob die 600 Centner des A. von denen des B. getrennt waren oder nicht, N. wird sich einfach damit schützen: ich habe gethan, was Ihr mir aufgetragen, ich habe e r f ü l l t. Wird nun wohl die Sache anders, wenn A. und B., statt die Art der Versendung näher zu bezeichnen, den N. unbestimmt beauftragen: „senden Sie mir 600 Centner," vorausgesetzt, daß gerade die von ihm gewählte Art der Versendung dem Interesse der Besteller entsprach, wie dies in der That der Fall war? Wenn N. die für den A. nnd B. bestimmten 600 Centner hätte abgesondert verladen lassen wollen, so würden dadurch die Kosten des Transports nicht unbeträchtlich vermehrt worden sein, indem es zu dem Zweck in dem größeren Schiffe der Herstellung einer Bretterwand bedurft hätte. Und wozu das? Stand N. aber einmal mit Recht davon ab, so hätte es gar keinen Sinn gehabt, beim Abmessen die 600

Centner des A. von denen des B. zu trennen, denn diese Scheidung wäre ja durch die gemeinsame Verladung sofort wieder aufgehoben worden. Wozu ihm also die Unterlassung dieses völlig zwecklosen Acts zum Vorwurf machen? Weil beim Verkauf generisch bestimmter Gegenstände die Gefahr bloß durch die Ausscheidung übergeht? Aber wie, wenn der Käufer auf Ausscheidung verzichtet, wenn z. B. ihrer mehrere, jeder ein Ohm Wein bestellen, der Ersparniß der Kosten wegen aber die Versendung in einem Stückfaß anordnen oder, wie mir mehrere derartige Fälle bekannt sind, sich Holz kommen lassen und zwar nicht etwa in Form eines gemeinsamen Contracts, sondern jeder unabhängig von den andern contrahirt, die Versendung des Holzes durch die Eisenbahn aber gemeinsam geschehen soll? Hier ist die Scheidung nicht erfolgt; wenn diese also die unerläßliche Bedingung des Uebergangs der Gefahr ist, so hat der Verkäufer letztere zu tragen, ja er müßte sie in dem Fall selbst dann tragen, wenn die Käufer ausdrücklich hinzugefügt hätten, die Versendung solle auf ihre Gefahr gehen!

Durch diese Betrachtung gelangte ich zu der Schlußfolgerung, daß die Ausscheidung nicht das bestimmende Moment bei dem Uebergang der Gefahr sein kann, daß also in den Fällen, wo in der That mit ihr die Gefahr übergeht, sie nicht als solche („non sua vi ac potestate“) diese Wirkung hervorbringt, sondern weil ein anderes Moment zufälligerweise mit ihr zusammenfällt. Um mir hierüber klar zu werden, schlug ich den casuistischen Weg ein, indem ich mir alle denkbaren Gestaltungen des Verhältnisses im Leben zum Bewußtsein brachte und den Satz, um den es sich für mich handelte, an ihnen erprobte. Er bestand die Probe schlecht! Namentlich war es ein Fall oder vielmehr eine ganze Kategorie von Fällen, die sich der Anwendung desselben entschieden widersetzte. Der

Kellner fällt ohne seine Schuld mit der Flasche Wein, die er für den Gast aus dem Keller geholt hat, die Eier, Milch, das Brod, Fleisch u. s. w., welche erwiesenermaßen für diese Hausfrau bestimmt waren, gehen vor der Ablieferung zu Grunde; haben die Besteller hier etwa die Gefahr zu tragen? Gewiß nicht! Aber warum nicht? Nicht etwa darum, weil es an der Ausscheidung oder an der Gewißheit fehlte, daß diese Species für diesen Besteller ausgeschieden sei, denn wenn keiner der übrigen anwesenden Gäste eine Flasche von dieser Sorte bebestellt hat, oder wenn nur ein einziger Gast anwesend ist, so ist es ja zweifellos, daß die Flasche Wein für ihn geholt ist, und wenn, wie es nicht selten der Fall ist, die Hausfrau ihre Milch von einem benachbarten Gute bezieht, und letztere dort in ein verschlossenes Gefäß gefüllt wird, zu dem nur sie den Schlüssel hat, so ist es ja ebenfalls unbestreitbar, daß diese Milch für diese Bestellerin ausgeschieden ist. Die Species ist hier unzweifelhaft hergestellt; wenn also mit dem Uebergang des generisch bestimmten in den individuell bestimmten Gegenstand die Gefahr auf den Käufer übergeht, so haben jene Personen dieselbe nicht minder zu tragen, als der Kaufmann, dem die von ihm verschriebenen Waaren auf der Eisenbahn untergehen. Ohne nun auf den Protest, den jede Hausfrau und jeder Stammgast gegen diese Entscheidung erheben würde, sonderliches Gewicht zu legen, so wird doch der Jurist einräumen, daß wie bei dem Kauf einer Species, so auch bei Bestellungen, — so möge fortan der Kauf einer generisch bestimmten Sache genannt werden, — die Parteien es in der Hand haben, über die Frage von der Gefahr ihre Vereinbarungen zu treffen, und daß es dennoch eine quaestio facti ist, ob die Gefahr bis zur Lieferung beim Verkäufer bleiben, die Gefahr des Weges und Transports also ihn treffen, oder bereits mit der Ausscheidung, Absendung oder mit welchem Mo-

ment immerhin auf den Besteller übergehen soll. Ist Ersteres ausgemacht, so läßt sich dies juristisch so ausdrücken: der Verkäufer soll das admetiri, adpendere, adnumerare, mit dem den Quellen zu Folge die Gefahr auf den Besteller übergeht, bei Letzterem vornehmen, er ist zum Bringen verpflichtet, die Gefahr desselben trifft ihn. Ist hingegen letzteres ausgemacht, so heißt das: er darf das admetiri u. s. w. bei sich vornehmen, der Käufer hätte sich also zu demselben bei ihm einfinden müssen; hat Letzterer es vorgezogen, nicht zu erscheinen und die Waare, anstatt sie zu holen, sich schicken zu lassen, so geschieht es auf seine Gefahr.

Indem ich diesen Gedanken von dem Einfluß des Orts der Lieferung (so möge die Erfüllung einer Bestellung fortan genannt werden) und den damit gegebenen Unterschied zwischen Bringen, Holen und Schicken weiter verfolgte, gelangte ich schließlich zu dem Resultate, daß sich die Gefahrfrage für sämmtliche Fälle der Lieferung nach einem und demselben Princip bestimmt, nämlich nach dem: die Gefahr geht über mit der wirklichen oder durch mora des Gegners verhinderten Lieferung, die Lieferung aber gestaltet sich nach Verschiedenheit der Fälle zwar äußerlich und factisch verschieden, juristisch aber bestimmt sie sich immer darnach, ob und wann der Lieferer das, was ihm nach beiderseitiger Absicht zu thun oblag, gethan hat. Geht also der Contract auf Holen von Seiten des Bestellers, so befreit das vorherige Ausscheiden von Seiten des Lieferers (von der mora accipiendi abgesehen) Letzteren nicht von der Gefahr, er nimmt es zu seiner Bequemlichkeit und auf seine Gefahr vor; geht der Contract auf Bringen, so ist der Lieferer frei, wenn er gebracht, geht er auf Absenden, wenn er abgesandt hat. Wer zu bringen hat und sich auf den

Weg macht, hat erst angefangen mit dem, was ihm zu beschaffen obliegt, der Zufall, der die Waare unterwegs trifft, ereignet sich vor beendeter Leistung wer schicken soll, hat mit der Absendung alles, was ihm obliegt, gethan, der Zufall trifft die Waare nach der seinerseits bereits vollzogenen Leistung. Die Individualisirung oder Ausscheidung der Waare kommt bei alle dem als solche gar nicht in Betracht, sie ist weder ausreichend — so beim Bringen und auch beim Schicken und Holen — noch nöthig — so in dem oben mitgetheilten Fall, für den mit diesem Princip zugleich eine Entscheidung gegeben ist, die dem natürlichen Rechtsgefühl und dem Interesse des Verkehrs entspricht. Der N., dem in jenem Fall die Absendung aufgetragen war, hatte mittelst derselben geleistet, geliefert, und mochte ihm die ungetrennte Verladung der für beide Besteller bestimmten Quantitäten ausdrücklich aufgetragen oder mochte ihm die Wahl des Versendungsmodus selbst überlassen sein: vorausgesetzt, daß dieser von ihm gewählte Modus, wie es der Fall war, dem wahren Interesse der Käufer entsprach, so wurde er von aller Verantwortlichkeit und Gefahr frei, sowie er dem Schiffer 1200 Centner hatte zumessen lassen.

Ich will jetzt meine Theorie, die ich als Lieferungstheorie der herrschenden, welche den Namen der Ausscheidungs- oder Individualisirungstheorie annehmen möge, gegenüberstelle, aus den Quellen begründen, und sie sodann in consequenter Durchführung des einfachen Grundgedankens auf alle einschlagenden Verhältnisse bis in's Detail hinein vollständig zu entwickeln versuchen. Vorher soll jedoch die Individualisirungstheorie sowohl nach Seiten ihrer quellenmäßigen Begründung, als ihrer juristischen Haltbarkeit und praktischen Brauchbarkeit einer eingehenden Kritik unterworfen werden.

II.

Die Individualisirungstheorie.

Wenn ich diese Theorie als die herrschende bezeichne und mich bei Berücksichtigung der Literatur vorzugsweise auf die neuere Zeit beschränke, so bedarf dies für jeden, der die Literatur unserer Frage kennt, keiner Rechtfertigung. Es ist in der That befremdend, wie wenig die frühere Jurisprudenz sich dieser für den Verkehr so außerordentlich wichtigen Frage bewußt geworden, ja ihr fast geflissentlich aus dem Wege gegangen ist, und man möchte fast bedauern, daß die Compilatoren über dieselbe keine widersprechenden Stellen aufgenommen haben, um dadurch die Aufmerksamkeit auf sie zu lenken. Das Quellenmaterial ist ungemein dürftig, es beschränkt sich auf die l. 35 §. 7 de cont. emt. (18. 1) l. 5 de peric. (18. 6), l. 2 Cod. ibid. (4. 48)[2]); ich meinerseits werde später noch die l. 12, 13, 14 de peric. hinzufügen, allein die Beziehung dieser Stellen auf unsere Frage muß mehr in sie hineingetragen werden, als daß sie in ihnen klar ausgesprochen wäre.

Die stiefmütterliche Behandlung unserer Frage in der postjustinianischen Zeit beginnt bereits mit den Basiliken. Die Verfasser derselben scheinen es nicht der Mühe werth gefunden zu haben, dieselbe näher zu berücksichtigen, denn in dem Titel de periculo et commodo (XIX. 6) haben sie gerade diejenigen Stellen aus dem betreffenden Pandekten- und Codextitel

2) Die übrigen Stellen, welche das admetiri, adpendere, adnumerare und die mensura erwähnen, so die l. 34 §. 5, l. 35 §. 5, 6 de cont. emt. (18. 1) l. 1 §. 1 l. 10 §. 1 de peric. (18. 6) haben den Fall einer verkauften Species (dieses Fasses Wein) im Auge, welche zum Zweck der Ermittelung des für eine bestimmte Maßeinheit gesetzten Preises zugemessen u. s. w. werden soll, (emtio ad mensuram) und können nur mittelbar benutzt werden.

de periculo (l. 5 D. u. l. 2 Cod.), welche von unserer Frage handeln, ausgelassen, und nur in den Titel de contractu emtionis (XIX. 1) ist in der l. 33 §. 5, 6 die l. 35 §. 5—7 D. aufgenommen. Gerade die Anregung aber, welche l. 2 Cod. cit. mit den Worten antequam tradantur gewährt hatte, um das admetiri u. s. w. näher zu bestimmen, ist spurlos an ihnen vorübergegangen. Dasselbe gilt von der Glosse, die sich beschränkt, die Worte der betreffenden Stellen zu wiederholen, und ebenso von den selbständigen Werken der Glossatoren, soweit ich sie verglichen habe. Ob das admetiri der Pandekten und das tradere des Codex stets zusammenfallen müsse oder auseinanderfallen könne, darüber ist ihnen offenbar nie ein Zweifel aufgestiegen[3]).

Die spätere Literatur setzt diese Einsylbigkeit nur zu getreulich fort, und es würde eine nutzlose Häufung von Citaten sein, wollte ich sämmtliche Schriftsteller, die ich verglichen habe, und unter denen sich neben Duaren, Cujas, Ant. Faber, Schulting, Voet u. a. zu meiner Ueberraschung auch Doneau befindet, namhaft machen. Die meisten gebrauchen lediglich die Ausdrücke der Pandekten, und wo auch das tradere des Codex vorkommt, erscheint es als gleichbedeutend mit dem admetiri[4]). Ausdrücklich bemerkt Lauterbach[5]), daß metiri bloß das Messen, dagegen admetiri das per mensuram tradere bedeute. Aber während er, wie Andere[6]), es für

---

3) So braucht z. B. Azo, Comm. Cod. ad l. 2 Cod. cit. diese Ausdrücke als völlig gleichbedeutend.

4) So z. B. Pet. Nic. Mozzii Mazeratensis Tractat. de contractibus (edit. Colon. Agr. 1585 p. 417): illa enim degustatio vel mensuratio seu ponderatio videtur vim habere traditionis.

5) Colleg. theor, pract. XVIII. 6 §. 13 unter Verweisung auf Burgundius de periculo et culpa (Lovanii 1646).

6) z. B. Cocceji jus controv. XVIII 6 §. 4 Stryck ad Lauterb. p. 563.

nöthig halten, zu bemerken, daß auch ein tradere ohne admetiri möglich sei, indem, wie Cocceji hinzufügt, der Käufer durch die Annahme auf letzteres verzichte, haben sie kein Wort darüber, ob nicht auch umgekehrt ein admetiri ohne tradere, d. h. ob nicht unter Abwesenden durch Ausscheidung von Seiten des Verkäufers eine Uebertragung der Gefahr möglich sei. Der Einzige, der bis auf Thöl hinab, diese Frage einer eingehenden Erörterung unterzogen hat, ist Carpzov[7]). Unter Bezugnahme auf verschiedene von dem Schöppenstuhl und der Juristenfakultät zu Leipzig in diesem Sinne gefällte Urtheile und mit Hinweisung auf kaufmännische Pareres aus Nürnberg, Frankfurt und Hamburg erklärt er es für ein allgemeines kaufmännisches Gewohnheitsrecht', daß die Gefahr einer bestellten Waare mit ihrer Absendung auf den Käufer übergehe. Die Rechtfertigung, die er diesem Satz zu geben versucht, zeigt, daß er ihn zwar durch den kaufmännischen Verkehr für unabweisbar geboten, allein im Uebrigen für einen völlig positiven, singulären und mithin auch auf kaufmännische Handelsgeschäfte zu beschränkenden hält. Obschon seiner Ansicht nach ein perfecter Kauf hier nicht anzunehmen, so meint er doch, müsse man mit Rücksicht auf die kaufmännischen Verhältnisse den Willen der Parteien dahin interpretiren, daß bereits mit der Bestellung ein perfecter Kauf vorliegen oder ein pactum de emendo et sustinendo periculo abgeschlossen sein sollte. Sodann zieht er auch das Mandat hierher, nicht freilich, wie man erwarten könnte, und wie Thöl, Handelsrecht §. 74 Note 13 anzunehmen scheint, in der Weise, daß mit dem Kaufcontract ein Mandat auf Absendung der Waare sich bloß verbinde, sondern daß das ganze Geschäft eine Art (auf Absendung von Waaren) gerichtetes Mandat sei,

---

7) Ben. Carpzov, Opus decisionum Dec. 131.

bei dem nach allgemeinen Grundsätzen den Mandanten die Gefahr treffe — eine Auffassung, die freilich absolut unhaltbar ist. Die Fragen, die erst bei einer weiteren Verfolgung des Themas sich ergeben, wie z. B. mit welchem Moment die Gefahr übergehe, ob mit der Ausscheidung oder Absendung, oder, richtiger, die Frage selber in ihrer juristischen Gestalt und ihrem vollen Gehalt ist Carpzov noch nicht zum Bewußtsein gekommen, gleichwohl hat er sich aber dadurch in meinen Augen ein großes Verdienst erworben, daß er, unbeirrt durch theoretische Bedenken, im gesunden Gefühl der praktischen Nothwendigkeit des Satzes seine gewichtige Autorität für denselben in die Wagschaale warf. Ob es letzterer zuzuschreiben? — kurzum, die gewohnheitsrechtliche Geltung desselben wird von späteren Juristen, so namentlich von Hommel[8]), Struben[9]) und Glück[10]) als feststehende Thatsache anerkannt. Hommel gedenkt der Ansicht früherer (von ihm nicht genannter und von mir nicht ermittelter) Juristen, welche in der Verpackung und Signirung der Waaren eine Lossagung des Verkäufers von der Waare und eine Tradition hatten erblicken wollen — eine Construction, die er verwirft, ohne eine andere an deren Stelle zu setzen.

Während nun frühere Juristen im Anschluß an die Quellen das admetiri als tradere (per mensuram), also als einen stets zweiseitigen Act aufgefaßt hatten, ohne freilich diesen Gesichtspunkt weiter zu begründen oder auch nur zu verfolgen, schiebt sich in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts ein anderer unter; es ist der, den ich zu bekämpfen gedenke. Das admetiri hat den Zweck, die Species aus dem Genus auszuscheiden, vor der Ausscheidung trifft nach dem

8) Rhaps. quaest. vol. V obs. 608, 689.

9) Rechtl. Bedenken (Darmst. 1788) Bd. 2 Nr. 65.

10) Erläuterung der Pandekten Bd. 17 S. 188.

Satz genus perire non censetur die Gefahr nothwendig den Verkäufer, nach der Ausscheidung, da das geschuldete Object sich durch sie in eine Species verwandelt hat, aber den Käufer, und zwar geschieht die Ausscheidung bei Kaufleuten einseitig durch Absendung der bestellten Waare. Zu dieser Auffassung neigt schon Struben a. a. O. — freilich in naiver Verbindung derselben mit der entgegengesetzten. Denn während am Anfang des Satzes der Verkäufer „bis zur Ueberlieferung für die Gefahr zu stehen hat," leitet der dafür angeführte Grund „daß es ungewiß gewesen, ob er eben das Verlorengegangene dem Käufer habe geben wollen," den Verfasser unvermerkt am Ende des Satzes dahin, daß „der Handel unvollkommen sei, so lange keine Bestimmung des Individuums erfolgt sei." Letztere soll aber erfolgen, sobald die Waaren abgeschickt werden, wobei unklar bleibt, sowohl warum diese Bestimmung nicht schon, wie Hommel will, mit der Verpackung eintreten, als auch, ob der Satz bloß bei Kaufleuten oder allgemein gelten soll. Struben beruft sich auf Beyer, Com. ad Pand. (XVIII. 6 Nr. 5), den ich nicht habe vergleichen können, dagegen tritt jetzt bei den späteren Schriftstellern die Individualisirungsidee immer bestimmter hervor und zwar ohne Beschränkung auf das Handelsrecht[11]). Wie wenig dieselbe aber zur wissenschaftlichen Klarheit durchgedrungen ist, ergibt

11) Westphal, Lehre vom Kauf (1791) §. 586: „bis die dahin gehörigen Species ausgesucht sind." Hellfeld, Jurispr. for. (ed. Oeltze 1792) § 1036:" si genus venditum et species tradenda nondum electa sit. „Hofacker, Princip. jur. civ. 1794) §. 1097: „si genus venditum et species nondum electa sit." D. A. Weber zu Höpfner, Commentar §. 872 (Aufl. 7. 1803) und in seinen Erläuterungen der Pandekten (nach seinem Tode 1820 von seinem Sohne herausgegeben) Bd. 1 S. 482. Bucher, Recht der Forderungen (1815, 1830) §. 61: „bevor die zu übergebende einzelne Sache durch Wahl bestimmt ist u. a.

sich aus dem Beispiel eines Schriftstellers, dessen Stärke allerdings nicht in eignem Nachdenken bestand, aber der hier, wie überall, den Stand einer Lehre getreu abspiegelt. Glück[12]) ist nicht einmal darüber mit sich im Klaren gewesen, ob die Tradition oder die Ausscheidung als entscheidendes Moment gelten solle. Denn während er auf S. 179 a. a. O. sagt: „Ist die Zumessung erfolgt und diese, wie gewöhnlich, mit der Uebergabe verbunden", also in einem vom Gewöhnlichen abweichenden Fall auch eine Zumessung ohne Uebergabe statuirt, läßt er auf S. 185 den „Verkäufer als debitor generis von seiner Verbindlichkeit nicht frei werden, wenn vor der Tradition aus dem genere einzelne species zu Grunde gehen," und um andererseits die Concession, die er damit der Traditionsidee macht, sofort unschädlich zu machen, verbindet er damit den Satz „wenn etwas in genere gekauft worden, wovon die zu übergebende species noch erst durch die Wahl zu bestimmen ist." Ohne alle Verbindung mit dem Vorhergehenden und gleich als handele es sich um eine positive Einrichtung des modernen Verkehrs, folgt dann am Schlusse seiner Darstellung noch die Bemerkung, daß, „wenn Waaren von einem entfernten Orte her verschrieben werden, die Absendung derselben immer auf die Gefahr des Käufers geschieht," wofür er sich auf Hommel und Struben bezieht, ohne, was gerade bei einem solchen Literator, wie er, doppelt auffällig, den hier allein in Betracht kommenden Carpzov zu berücksichtigen.

Kaum ein anderes Urtheil läßt sich über die Darstellung von Meno Pöhls[13]) fällen. Dieser Schriftsteller geht davon

12) Erläuterung der Pandekten Bd. 17 §. 1036 (1815).

13) Handelsrecht Bd. 1 S. 94 fl. (1828) — Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2 §. 447, Treischke, Kaufcontract S. 190, 192, sowie die beiden Artikel über Kauf in Weiske's Rechtslexikon haben so gut wie nichts. Treischke läßt

aus, daß unter Anwesenden wie unter Abwesenden die „Tradition (der Empfang)" den Zeitpunkt des Ueberganges der Gefahr bestimme. Als Tradition könne man aber mit Hommel und Struben die bloße Absendung nicht betrachten, vielmehr müsse man — und jetzt schiebt sich ihm plötzlich statt des Gesichtspunktes der Tradition die Idee der Individualisirung des Objects unter, — das allgemeine Princip, daß die Gefahr im Augenblick der Perfection des Handels auf den Käufer übergehe, richtig dahin verstehen, daß der Käufer die Gefahr von dem Augenblick an trage, da er als Käufer einer Species anzusehen sei. Dies sei aber der Strenge nach erst dann der Fall, wenn der Käufer im Besitz der Waare sei. Diese Strenge mildert er jedoch durch zwei Limitationen, welche ihr die scharfe Spitze wiederum abbiegen: 1) nämlich müsse man es als einen stillschweigenden Vertrag über den Uebergang der Gefahr betrachten, wenn der Käufer dem Verkäufer angebe, auf welche Weise er ihm die Waare übermachen solle, z. B. senden Sie mir mit Fuhrmann N.; 2) müsse man den Käufer als in Besitz der Waare gesetzt ansehen, soweit nämlich dieser Besitz zur Uebertragung der Gefahr erforderlich sei (!), wenn die Waare ausdrücklich für seine Rechnung verladen worden sei. Einer Begründung dieser Theorie, von der ihr Urheber selbst einräumt, daß sie mit der kaufmännischen Ansicht nicht übereinstimme, hat derselbe sich absichtlich, „um die Gränzen seines Werkes nicht zu überschreiten," enthalten, und wir können nur hinzufügen, daß er weise daran gethan hat.

Es war Thöl[14]) vorbehalten, unsere Frage zum ersten

---

an der einen Stelle die Gefahr übergehen, wenn der zu übergebende Theil „ausgezeichnet" ist, an der andern erscheinen „Lieferung, Uebergabe oder Bezeichnung" als gleich wirksam.

14) Handelsrecht Bd. 1 §. 74 (1841, Aufl. 3 1854).

Male zum Gegenstande einer wirklich wissenschaftlichen Untersuchung zu machen[15]), und wie man sich im Uebrigen auch zu seiner Ansicht verhalten mag, man muß ihr das Zeugniß ausstellen, daß sie allein eine vollständig durchdachte und scharf formulirte ist. Thöl verwirft ausdrücklich die Traditionstheorie und erblickt in der Individualisirung des Objects das die Gefahr bestimmende Moment[16]), allein zu dieser Individualisirung soll nicht ein einseitiger Act des Verkäufers ausreichen, wie Hommel und Strube gewollt hatten, sondern sie müsse zweiseitiger Art sein. Nicht zwar als ob die beiden Interessenten oder deren Stellvertreter sich „bei der Ausscheidung gegenüber treten müßten," sondern es genügt, wenn der Verkäufer einseitig eine annehmbare Species ausgeschieden und den Käufer davon in der Weise in Kenntniß gesetzt hat, daß derselbe „seine Gedanken auf diese ausgeschiedene species hat richten können," wozu also ein so genauer Bericht gehöre, daß „der Beweis der Identität der ausgeschiedenen und der unter-

15) In den compendiarischen Darstellungen des römischen Rechts vor Thöl finden sich folgende Ansichten vertreten: Die Gefahr geht über 1) mit der „Tradition" (Thibaut, Pandekten Aufl. 8 § 478), 2) der „Ablieferung" (Wening-Ingenheim Aufl. 4 § 201) „oder Uebereinkunft über das Individuum" (Mühlenbruch Aufl. 4 § 365 Nr. 3, § 395 Note 3, 4), 3), mit dem „Zumessen u. s. w." (Schweppe Aufl. 4 § 430, Mackeldey Aufl. 10 § 369, Göschen, Vorlesungen § 497), wozu von Compendien nach Thöl auch das von Puchta Aufl. 5 § 360 und Arndts Aufl. 3 § 301 sich bekennen. In der Praxis behauptete sich neben der Traditionsidee (z. B. Urtheil von 1834 bei Seuffert, Archiv für Entscheidungen Bd. 2 Nr. 168) auch die Individualisirungsidee (z. B. Urtheil des O.-A.-Gerichts zu Lübeck von 1835 bei Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des O.-A.-Gerichts zu Lübeck 1857 S. 61), „wo eine bestimmte species ausgewählt und designirt ist."

16) a. a. O. S. 314, „wenn er seinen Entschluß, daß dieser Theil für den Käufer bestimmt sein solle," äußerlich gemacht hat. S. 316 „wie wenn von vornherein über eine species gehandelt ist."

gegangenen oder verschlechteten species durch Beziehung auf diesen Bericht geführt werden kann." In dieser Erklärung dem Käufer gegenüber liege das entscheidende Moment des ad-numerare, nicht in dem Zuzählen, welcher letztere Fall den Stellen zwar als der regelmäßige vor Augen schwebe, nicht aber der ausschließliche sei.

Zu der Thöl'schen Ansicht haben sich, wenn auch mit kleinen Abweichungen in der Fassung, soviel ich weiß, alle späteren Schriftsteller bekannt, welche sich überhaupt über die Frage ausgelassen haben, so von Vangerow[17]), Puchta[18]), Sintenis[19]), Brinkmann[20]), Fr. Mommsen[21]), Heyer[22]) und die Ausscheidungstheorie läßt sich also in der That als die heutzutage herrschende bezeichnen[23]). Nur gegen einen Punkt der Thöl'schen Ansicht ist neuerdings von dem zuletzt genannten Schriftsteller Widerspruch erhoben wor-

17) Lehrbuch Bd. 3 § 635 (Aufl. 6 S. 451): Regel sei die Ausscheidung dem Käufer gegenüber, durch Vertrag könne dem Verkäufer die einseitige Ausscheidung überlassen werden, so z. B. im Fall einer Bestellung bei einem auswärtigen Fabrikanten, nur bedürfe es hier der detaillirten Benachrichtigung von der geschehenen Ausscheidung, damit die Sache dadurch den Charakter einer wieder erkennbaren Species erhalte.

18) Vorlesungen § 360; ebenso wie von Vangerow, nur daß er das Moment der Wiedererkennbarkeit nicht besonders betont.

19) Das prakt. gemeine Civilrecht Bd. 2 § 116 Note 5.

20) Handelsrecht § 37; wie von Vangerow, und mit genauer Berücksichtigung des Erfordernisses der Benachrichtigung; dieselbe müsse vor dem Untergang der Sache abgehen, wann und ob sie eintreffe, sei gleichgültig.

21) Die Unmöglichkeit der Leistung S. 340—342, „die gehörige Ausscheidung des zu liefernden Objects aus der Gattung."

22) Abh. in der Zeitsch. für Civilr. und Proc. Neue Folge Bd. 15 Nr. I. namentlich S. 23.

23) So z. B. auch noch Goldschmidt in seiner Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 1 S. 79 „Individualisirung des Kaufobjects." Beseler, System des deutschen Privatrechts Bd. 3 S. 314.

den[24]), nämlich gegen das Erforderniß der Zweiseitigkeit der Ausscheidung. Dasselbe sei weder in den Quellen begründet, denn die in dem ad-metiri liegende Relativität des metiri erkläre sich durch die Vornahme desselben in Bezug auf den Kaufcontract (!), noch auch aus allgemeinen Gründen zu rechtfertigen. Selbst vom Standpunkt der Individualisirungstheorie aus vermag ich diesem Streit ein reelles Interesse nicht abzugewinnen, kann darin vielmehr nur einen leeren Schulstreit erblicken. In Wirklichkeit scheidet der Thöl'sche Verkäufer, so gut wie der Heyer'sche, einseitig aus, nur daß jener dem Käufer sofort darüber Nachricht giebt, wodurch aber doch der einseitige Act sich nicht in einen zweiseitigen verwandelt, denn der Bericht über eine Thatsache verändert die Thatsache nicht. Und wie, wenn der Käufer den Verkäufer von dem Bericht dispensirt? wenn letzterer ihn nicht verlangt? wenn er abgeht, nachdem bereits die Waare untergegangen? Ist die Wirkung des Berichts auf das Vorstellungsvermögen des Käufers, in dem er ein Bild der ausgeschiedenen und signirten (oder auch nicht signirten, z. B. Steinkohlen) Species hervorrufen soll, das Entscheidende, so fehlt es an der Zweiseitigkeit der Ausscheidung, wenn der Bericht gar nicht oder erst nach Untergang der Sache eingetroffen ist. Ist aber die bloße Absendung des Berichts genügend, ohne Rücksicht auf die dadurch beab-

24) Die Art, wie dies geschehen, verdient eine öffentliche Rüge. Denn welche andere Behandlung kann man einem Manne angedeihen lassen, der den Muth hat als Schriftsteller über unsere Frage aufzutreten, ohne den einschlagenden Unterschied zwischen generisch und specifisch bestimmten Sachen, einen Elementarbegriff der Jurisprudenz, den ein Institutionist aus der Vorlesung mit zu Hause nimmt, zu kennen (s. u. III) oder der (wie sich aus S. 39 Note 2 seiner Abh. ergibt) Abschluß und Erfüllung eines Contracts mit einander verwechselt? Im Interesse der literarischen Sicherheitspolizei darf man solchen Schriftstellern die verdiente Abfertigung nicht ersparen!

sichtigte Wirkung, warum diesen Akt zur conditio sine qua non des Uebergangs der Gefahr erheben, das Unterlassen desselben auch da, wo das Interesse des Käufers dadurch nicht im Mindesten berührt worden ist, mit einer Strafe belegen? Das heißt, diesen Act geradezu zu einem formellen Erforderniß des klägerischen Anspruchs erheben, etwa wie die Litis Denunciation für die Klage auf Evictionsleistung. Den Beweis der Identität der ausgeschiedenen mit der durch Casus betroffenen Species zu führen, ist Sache des Verkäufers; möge er sich diesen Beweis im Voraus durch den Bericht sichern, aber ihn bei Strafe des Verlustes seiner Ansprüche dazu zwingen, kann man nicht, wenn nicht das Gesetz dies vorschreibt. Dies ist aber gemeinrechtlich keineswegs der Fall, denn den Versuch, die Nothwendigkeit des Berichts aus der Natur der Ausscheidung zu deduciren, kann ich nur für völlig mißlungen erachten. Angenommen, der handelsrechtliche Gebrauch erklärte wirklich — worüber mir nichts bekannt — den Kaufmann, der die Waare absendet, schlechthin für verbunden, dem Käufer davon Anzeige zu geben; wie man an die Vernachlässigung dieser Obliegenheit eine andere Folge knüpfen kann, als die, daß der Verkäufer dem Käufer den daraus erwachsenen Schaden prästiren muß, m. a. W. die Verpflichtung zur Leistung des Interesses der unterlassenen Anzeige, sehe ich wenigstens nicht ein.

Die zuletzt genannte Abhandlung von Heyer hat für meinen Zwecke den Vorzug, daß sie die Individualisirungstheorie in ihrer ganzen Nacktheit zur Darstellung bringt und mir damit die Bekämpfung derselben wesentlich erleichtert. Wenn aus dem genus, sagt er (S. 23), eine Individualisirung ... von dem Verkäufer bewirkt worden ist, so treten mit dieser Thatsache zugleich die Grundsätze ein, welche bei einer verkauften species gelten; die ausgesprochene Nothwendigkeit der Specialisirung soll uns zu letztern zurückführen u. s. w., das

Messen, Wägen u. s. w. sollen nur die Mittel zu dem Zweck abgeben, eine species darzustellen, auf welche die hinsichtlich einer *solchen* geltenden gesetzlichen Bestimmungen angewendet werden können.

Die Idee, die meiner Ansicht nach alle Vertheidiger der Ausscheidungstheorie bewußt oder unbewußt beeinflußt, und die, so lange man sie nicht als eine irrige erkannt hat, stets wieder zu dieser Theorie zurückführen wird, ist hier ganz unverhüllt ausgesprochen. Es ist dies der Schluß, daß, wenn

1) der Käufer einer Species die Gefahr trägt,

2) nicht aber der einer generisch bestimmten Sache, bis

3) das admetiri dieselbe auf ihn überträgt,

daß dann der Satz 3 aus dem Satz 1 erklär werden müsse. Das Verhältniß in dieser Weise aufgefaßt, würde also die generisch bestimmte Sache bis zur Erfüllung zwei Phasen durchmachen können: die *erste* die der generischen Bestimmtheit, vom Abschluß des Contracts bis zur Ausscheidung, die *zweite* die der specifischen Bestimmtheit, von der Ausscheidung bis zur bewerkstelligten Lieferung, dort würde die Regel: genus non perit, hier die: species emtori perit zur Anwendung kommen, und nur da, wo die Ausscheidung zugleich mit der Uebergabe an den Käufer verbunden wäre, würde der Contract während seines ganzen Bestands ausschließlich unter der ersten Regel gestanden haben.

Der Gegensatz *meiner* Theorie läßt sich jetzt leicht klar machen. Ihr zu Folge tritt das generisch bestimmte Object erst mit der *Erfüllung* aus der Form der generischen Bestimmtheit heraus, *geschuldet* wird stets nur ein genus, *nie* eine species, letztere erscheint erst, wenn das *Schulden* aufhört, mit der Leistung, oder kurz: Gegenstand der *Obligation* ist ein genus, der *Solution* die species. Daraus ergiebt sich, daß die obige Regel über den Untergang der species bei

diesem Contractsverhältniß nie Platz greifen kann, denn wo sie es könnte, ist es bereits zu spät, daß vielmehr wie der Kauf einer species ganz unter diese, so auch der eines genus ganz unter die ihm eigenthümliche Regel fällt, jener unter die: der Käufer, dieser unter die: der Verkäufer trägt die Gefahr; sowie die emtio speciei ohne erneuerten Abschluß des Contracts nicht zur emtio generis, so kann umgekehrt die emlio generis auch nicht zur emtio speciei werden, bis zur solutio kann der Käufer dort nur dieses, hier nur ein Stück fordern.

Niemand wird mir wohl streitig machen, daß die letztere Behandlungsweise die technisch einfachere ist. Während sie mit einer einzigen Regel ausreicht, hat die entgegengesetzte zwei nöthig, während jene den Kauf eines genus und einer species rücksichtlich der Frage von der Gefahr in den schärfsten Gegensatz setzt, vermischt diese denselben, indem sie den Kauf eines genus in den einer species hinüberleitet. Und wozu dies? Warum muß das genus noch vor der Leistung sich in eine species verwandeln? Nach meiner Theorie erfolgt diese Verwandlung erst dann, wenn sie logisch nothwendig geboten ist, mit, durch und in der Lieferung (denn geliefert werden kann nicht ein Stück, sondern nur das Stück), nach der jenseitigen schon vorher. Warum vorher? Die Gegner können nur antworten: zum Zweck der Vorbereitung der Leistung, da letztere selbst nach ihrer Ansicht in der Ausscheidung noch nicht enthalten ist. Aber wenn der Verkäufer die Leistung in dieser Weise vorbereiten und damit die Gefahr auf den Käufer übertragen darf, wie lange vorher darf er es? Darf der Verkäufer, der erst am 1. Mai leisten soll, bereits am 1. April ausscheiden? Das wäre unter Umständen sehr vortheilhaft. Dann möge er, wenn er den Untergang des genus zu besorgen hat (z. B. des Stückfasses Wein, aus

dem ein Ohm ausgeschieden werden soll), bei bevorstehender feindlicher Invasion die species ausscheiden, dann möge er, wenn er Waaren zur See kommen läßt, dieselben vorher für die einzelnen Besteller „individualisiren" lassen! Wenn er nur dem Käufer Bericht erstattet, so ist eine „zweiseitige Ausscheidung" vorgenommen, und die Sache steht so, „als ob von vornherein über eine species gehandelt worden wäre." Und wenn der Verkäufer in Fällen, wo ihm die Absendung aufgetragen, in dieser Weise die species debita herstellen darf, warum nicht auch, wo er selbst die Sache zu bringen oder der Käufer sie zu holen hat? Bei einer drohenden Ueberschwemmung möge der Holzhändler nur mit Zeugen und einem Farbetopf auf den Holzplatz, bei einer Feuersbrunst der Kaufmann sich in seine Speicher verfügen und dort die Balken, Fässer u. s. w., welche der Besteller hatte holen lassen wollen, signiren und jenem davon Anzeige machen, so geht die ganze Sache ihn nichts mehr an!

Ich will der bisherigen Betrachtung eine etwas andere Wendung geben, in der die Unhaltbarkeit der Individualisirungstheorie hoffentlich noch schlagender an's Licht treten wird. Angenommen, es handelte sich um eine gesetzliche Regulirung unserer Frage, und der Gesetzgeber wollte statt des Satzes, den ich ihm vorschlagen würde, „die Gefahr geht über mit der Leistung," den von mir bekämpften adoptiren, „sie geht über mit der Ausscheidung," so dürfte er uns zwar auf die Frage: warum soll sie schon mit diesem Act übergehen, welches praktisches Bedürfniß erfordert dies? die Antwort versagen und über die von uns behaupteten praktischen Inconvenienzen des Satzes und dessen rationelle Anstößigkeit anderer Ansicht sein — dagegen über zwei Fragen müßte er uns jedenfalls Rede und Antwort stehen, nämlich: wann und wie ist auszuscheiden?

Von meiner Theorie aus beantworten sich diese Fragen

von-selbst, die nach dem Wann mit „in und mit der Leistung," also je nach Verschiedenheit der Obligation im Moment des Bringens, Holens und Absendens, die nach dem Wie mit „wie es die Leistung mit sich bringt," — kurz, der Gesichtspunct der Leistung gibt auf diese Fragen, sowie auf die des Wozu und Warum die befriedigendste Auskunft. Die Individualisirungsidee dagegen läßt den Gesetzgeber bei allen diesen Fragen ohne alle Anhaltspunkte. Wann darf ausgeschieden werden? Der Act des Ausscheidens, einmal losgerissen von seiner zeitlichen und zwecklichen Beziehung zum Act der Leistung und zu einem bloßen Individualisiren gestempelt, kann ohne Inconsequenz nicht an einen bestimmten Zeitpunct gebunden werden. Und welcher sollte es auch sein? Darf der Verkäufer eine Stunde vor der Leistung ausscheiden, warum nicht auch einen Tag vorher, zwei Tage, eine Woche vorher? Die Vertheidiger dieser Ansicht werden sich allerdings schwerlich zu dieser Consequenz verstehen, aber sie können es nur um den Preis der Inconsequenz. Gewiß haben sie alle im richtigen Gefühl bei der Ausscheidung die Zeit der Lieferung vor Augen, aber eben dieser Umstand hätte sie darauf führen müssen, daß nicht die Ausscheidung als solche (d. h. zum Zweck der Individualisirung des Objects), sondern lediglich als Mittel der Lieferung in Betracht kömmt.

Und nun das Wie der Ausscheidung! Soll bereits, wie einige Anhänger dieser Theorie ganz consequent annehmen, die bloße wörtliche electio vor Zeugen genügen? Oder, wenn dies zu mißlich, soll die Verpackung, Signirung, kurz, die reale Documentirung der getroffenen Wahl hinzukommen? Oder muß nicht wenigstens bei dem Auftrag zur Absendung noch das Absenden sich hinzugesellen? Wie aber, wenn während des Herausschaffens des Fasses aus dem Keller oder während des Aufladens oder auf der Fahrt nach der Eisen-

bahn oder bei der Besorgung nach der Post der Casus eintritt? Kurz, der Gesetzgeber geräth hier in einen wahren casuistischen Strudel und Wirbel hinein, aus dem ihn, wenn er einmal den allein consequenten Gesichtspunkt, daß die bloße Wahl genüge, verwirft, nur die nackte Willkür retten kann.

Angenommen, er hat nun, wie immer auch, auf unsere Fragen die Antwort gegeben und die Individualisirung des Objects zu dem den Uebergang bestimmenden Moment erhoben, halten wir ihm einmal an einigen Fällen die Resultate vor, zu denen sein Gesetz führen würde. Ist die — immerhin vor Zeugen vorzunehmende — Ausscheidung das Maßgebende, so ist in unserm obigen Falle (S. 367) der Verkäufer des Coaks mit seiner Klage abzuweisen, denn er hat nicht ausgeschieden. Trotzdem hatte derselbe Alles gethan, was ihm oblag! Dagegen die Victualienlieferanten, der Kellner, der dem Gast die bestellten Speisen und Weine bringt (S. 370), mögen wegen eines sie treffenden Casus ohne alle Sorge sein! Oder hätten sie etwa trotz der Individualisirung durch stillschweigenden Vertrag den Casus bis dahin übernommen, daß sie die Sache gebracht hätten? Dann wüßte ich nicht, warum man einen ähnlichen stillschweigenden Vertrag nicht auch in den Fällen annehmen sollte, wo der Contract auf Absenden oder Holenlassen geht!

Legen wir nun die Frage, die wir soeben bloß an einen gedachten Gesetzgeber gerichtet haben, den wirklichen Gesetzgebungen der neueren Zeit vor, so hat, so viel mir bekannt, keine einzige sich zur Ausscheidungstheorie bekannt, umgekehrt aber hat die Lieferungstheorie in ihnen allen einen mehr oder weniger vollständigen Ausdruck gefunden[25]). Während das

25) Rücksichtlich der ausländischen Handelsrechte mit Ausnahme des französischen muß ich mich auf Thöl und Brinkmann a. a. O. verlassen.

ungarische Handelsrecht Tradition der Waare verlangt[26]) und dem Verkäufer die Gefahr der Versendung zuweist, wenn letztere nicht näher specialisirt ist, bestimmt das preuß. Landrecht Thl. I Titel 11 § 128 bei Gelegenheit des Kaufs: „Unter Abwesenden ist die Uebergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt oder auf die Post gegeben oder dem Fuhrmann oder Schiffer übergeben worden.“ Mehrere andere Gesetzbücher haben die Fassung des römischen Rechts, daß die Gefahr mit dem admetiri übergehe, beibehalten, so neben dem spanischen und portugiesischen[27]) auch der Code civil art. 1585.. jusqu' à ce qu' elles (les marchandises) soient pesées, comptées ou mesurées, wozu der Code de commerce art. 100 rücksichtlich der Gefahr der Uebersendung hinzufügt: la marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient. Der Entwurf des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (zweite Lesung) Art. 322 verfügt: „Nach Uebergabe der Waare an den Spediteur oder Frachtführer oder die sonst zum Transport der Waare bestimmte Person trägt der Verkäufer die Gefahr, von welcher die Waare betroffen wird.“ Es wird Sache der späteren Darstellung sein, den Nachweis zu erbringen, daß die Absendung unter den Gesichtspunct der Lieferung fällt, hier genügt es uns, daß alle jene Gesetzbücher zum Zweck der Uebertragung der Gefahr die bloße Ausscheidung für ausreichend nicht anerkannt haben.

---

26) Ungar. XVI Gesetzartikel § 36 (s. Thöl §. 6 S. 31) bei Thöl a. a. O. Note 3 und Brinkmann Note 16.

27) Nach Brinkmann Note 3. Ueber das badische Landrecht, den östern. und würtemb. Entwurf daselbst Note 3 und 16.

Untersuchen wir jetzt, ob etwa das römische Recht allein sich dazu verstanden habe.

Soweit ich nun beurtheilen kann, bietet dasselbe dafür auch nicht den geringsten Anhaltspunkt dar, im Gegentheil stellt es jener Idee so unübersteigliche Hindernisse in den Weg, daß nur die Macht des Vorurtheils dieselben hat verkennen können.

Das Fundament der ganzen Individualisirungstheorie ist die Annahme, daß bei der generischen Obligation während der Dauer ihres Bestehens eine Verwandlung des generisch bestimmten Objects in eine Species eintreten könne, und der darauf gebaute Schluß, daß damit die Regel über das periculum bei der emtio speciei Platz greife. Diese Annahme ist mit nichts erwiesen. Von den drei oben (S. 373) citirten Stellen, welche unsere Frage allein ausdrücklich behandeln, drücken sich zwei, die l. 35 § 7 de cont. emt. (18. 1) und die l. 5 de peric. (18. 6) dahin aus: antequam admetiatur, periculum venditoris est, die l. 2 Cod. de peric. (4. 48): antequam tradantur. Obschon aber der § 5 der citirten l. 35 von unserem Fall gar nicht spricht, vielmehr eine emtio ad mensuram zum Gegenstande hat (s. Note 2), so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß das dort mit dem admetiri auf eine Linie gestellte adpendere, adnumerare auch für unsere Frage gleiche Geltung beanspruchen kann. Was bedeuten nun diese Ausdrücke? Jedes Lexikon giebt darüber Auskunft[28]). Die Hand-

---

28) S. z. B. für die nicht juristische Literatur: Freund, Wörterbuch: annumerare = einem etwas zuzählen (s. die dort citirten Stellen), adpendere = einem etwas zuwägen (von den dort citirten Stellen s. namentl. Cic. Rosc. Am. 49 tibi omnia concessit, annumeravit, appendit). admetiri = zumessen (vinum emtoribus, frumentum u. s. w.). Für die juristische Literatur s. Dirksen, Manuale, namentlich admetiri = ad mensuram tradere rem.

lung, die das Simplex metiri u. s. w. als eine beziehungslose prädicirt, drückt das Compositum admetiri in ihrer Vornahme einer bestimmten Person gegenüber aus, in dieser Richtung aber ist es gleichbedeutend mit liefern, erfüllen[29]), wie schon frühere Juristen, z. B. Lauterbach (Note 5), es richtig mit per mensuram tradere wiedergegeben hatten. Die Behauptung Heyer's, es bedeute Ausscheiden mit Rücksicht auf den Kaufcontract, verdient keine ernstliche Widerlegung; ihr zufolge hätte ein Schuldner im alten Rom beschwören können: se jam creditori pecuniam adnumerasse, wenn er das Geld nur für sich abgezählt hätte, ohne es dem Gläubiger zu geben! Nach Thöl (a. a. O. Note 11 und 17) soll das adnumerare nur den „regelmäßigen Fall vor Augen haben und nicht das genau entscheidende Moment enthalten," wofür er den Beweis schuldig geblieben[30]), „das entscheidende Moment des ad-numerare aber darein zu setzen sein, daß dem Käufer die Ausscheidung dieser species erklärt worden ist," wofür die Bezugnahme auf l. 209 de V. S. (50. 16) höchstens dann passen würde, wenn diese Stelle, statt zu sagen, daß „coram Titio" nicht die bloß leibliche, sondern auch die geistige Anwesenheit des Titius bezeichne, umgekehrt die leibliche für überflüssig, und die bloß geistige, d. h. das Wissen für ausreichend erklärte.

---

29) Siehe außer den Zeugnissen der vorigen Note auch Gaj. III § 90 (gleichlautend pr. J. quibus modis re contr. 3. 15), der die Ausdrücke durch: quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, wiedergibt.

30) Denn als solchen wird man die Verweisung auf die von der Miethe redende l. 36, 37 Loc. (19. 2) nicht ansehen können, trotz der zu Hülfe genommenen l. 2 § 1 eod., indem die in der letztern anerkannte Aehnlichkeit zwischen Kauf und Miethe gerade für das in den ersten Stellen behandelte adprobare und admetiri beim opus locatum nicht Statt findet.

Die citirte l. 2 Cod. de peric. lautet folgendermaßen: Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.

Also „antequam tradantur“ ist die venditio „imperfecta.“ Das antequam admetiatur der beiden vorigen Stellen wird hier mit tradatur wiedergegeben, tradere und admetiri ist demnach synonym. Wenn nach Thöl (Note 4) umgekehrt „die traditio nicht mehr ist als mensura, in der regelmäßig die Tradition liege, was um so klarer sei, da die mora als eine mora mensurae faciendae bezeichnet werde,“ so ist dies nicht viel besser, als wollte man bei einer Gleichung den Werth der gegebenen Größen nach dem der suchenden bestimmen. Die zu suchende ist in unserm Fall die Bedeutung von admetiri, die völlig feststehende ist die von tradere, letzteres kann uns, wenn wir Zweifel haben, über jenes, unmöglich aber jenes über dieses Auskunft geben. Daß die Bezeichnung der mora des Käufers als mora mensurae faciendae für Thöl etwas aussage, bestreite ich in dem Maße, daß ich umgekehrt dieser Wendung ein Argument gegen ihn entlehne. Daß das Ausbleiben des Käufers eine mora desselben begründe, begreift man, wenn das admetiri ein tradere bedeutet, denn dies kann ohne ihn nicht vorgenommen werden; wie aber, wenn es ein bloßes Ausscheiden des Verkäufers bedeuten soll, das Ausbleiben des Käufers als mora gelten könne, gestehe ich wenigstens nicht zu begreifen, denn letzterer ist nach Thöl zu diesem Akt gar nicht nöthig, der Verkäufer kann denselben auch in seiner Abwesenheit vornehmen. Gerade die auch anderwärts (l. 1 § 3 de peric.) erwähnte Möglichkeit einer derartigen mora des Käufers beweist auf das Schla-

gendste, daß sein Ausbleiben eine mora accipiendi, der Sinn des admetiri also die solutio ist.

Den bisherigen Stellen schließe ich noch die vielbesprochenen l. 12—14 de peric. (18. 6) an, weniger freilich, um sie als Stützen meiner Ansicht zu benutzen, als um umgekehrt sie aus letzterer zu erklären. Die l. 12—14 pr. wird sich passender an einer späteren Stelle besprechen lassen (III, 1), dagegen möge die l. 14 §. 1 hier ihren Platz finden. Sie bespricht den Fall der „materia emta“ und weist, jenachdem dieselbe vor oder nach der Tradition untergeht, dem Verkäufer oder Käufer die Gefahr zu, „videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.“ Die frühere Jurisprudenz, schon von der Glosse an, hat die Stelle auf die emtio generis bezogen, während neuere Juristen sie von der emtio speciei verstehen[31]) und zu dem Zwecke die dem Verkäufer auferlegte Haftung für den Diebstahl daraus erklären, daß „das Factum regelmäßig dem Mangel genügender custodia zugeschrieben werde.“ Allein wie, wenn der Verkäufer die Prästation der genügenden custodia nachweist? Und Balken braucht man doch nicht durch eine Wache bewachen zu lassen oder in's Haus zu nehmen! Ich halte darum die andere Interpretation für die allein befriedigende. Materia emta, trabes bezeichnet eine Quantität generisch bestimmten Bauholzes, und eben daß der Jurist es für nöthig hält, das signare auf den Gesichtspunkt des tradere zurückzuführen, während doch eine reelle Tradition an den Käufer noch nicht erfolgt war, zeigt, daß er, wie die l. 2 Cod. cit., die Gefahr lediglich auf die Lieferung stellt. Das furtum nicht als casus, sondern als auf culpa des Verkäufers beruhend aufgefaßt,

31) Glück, Erläuterung der Pandekten XVII S. 145, Fr. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 333.

würde vom Standpunkt der jenseitigen Ansicht aus die Consequenz involviren, daß der Verkäufer auf die vom Käufer zwar signirte und damit ihm tradirte, bei ihm, dem Verkäufer, aber vorläufig noch zurückgelassene Sache keine custodia mehr zu verwenden brauchte, was verkehrt ist.

Zu den bisher betrachteten speciellen Quellenäußerungen gesellen sich folgende allgemeinere Gründe:

1) Es ist zwar eine landläufige Regel: genus perire non censetur, allein dieselbe ist weder im römischen Rechte, noch in der Natur der Sache begründet, und nur aus einem Verkennen der Relativität des Begriffes genus hervorgegangen. Das Stückfaß Wein, welches ganz verkauft ist, sei es für einen Preis oder nach Maßgabe der darin enthaltenen Masse Wein, ist eine species; ist daraus aber bloß ein Ohm verkauft, so bildet es für diesen Kaufcontract das genus, aus dem die species erst auszuscheiden ist. Geht dasselbe zu Grunde, so ist damit in der That das ganze genus untergegangen, die Leistung der versprochenen species ist jetzt eine Unmöglichkeit geworden, wie bei jedem anderen casus wird folglich der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit frei. Trifft also insofern der casus den Käufer, so hat doch derselbe in diesem Falle gleichwohl den Kaufpreis nicht zu entrichten. Wie erklärt sich diese Besonderheit? Nach meiner Theorie ganz einfach daher, weil der Verkäufer erst durch die Leistung den Anspruch auf den Kaufpreis erhält, bis dahin also die Gefahr trägt. Nach der Individualisirungstheorie läßt sich darauf eine befriedigende Antwort nicht ertheilen, denn wenn man einmal davon ausgeht, daß die Regel, der zufolge den Käufer die Gefahr trifft, nicht, wie ich annehme, bloß für eine Art des Kaufs, die emtio speciei, gilt, sondern eine ganz allgemeine für den Kauf überhaupt ist, so kann man die für die emtio generis geltende entgegengesetzte nur

als Ausnahme oder Abweichung ansehen, welche nur insoweit zur Anwendung gelangt, als die Eigenthümlichkeit dieses Verhältnisses dies erfordert, d. h. als die Unbestimmtheit des Objects die Richtung des Casus gegen den Käufer, die Sicherheit darüber, daß das ihm geschuldete Stück aus dem genus vom Casus getroffen worden ist, ausschließt. Wenn man nun im Sinne dieser Auffassung mit der Ausscheidung der species von Seiten des Verkäufers, weil eben damit jene Unsicherheit beseitigt sei, die Gefahr auf den Käufer übergehen läßt, so muß man dasselbe auch dann, wenn das ganze genus vernichtet ist — eine Consequenz, zu der in der That frühere Juristen im Widerspruch zu den Quellen sich haben hinreißen lassen, indem sie lehrten, daß bei einem „incertum ex certo“ der Untergang des certum den Käufer träfe. Denn die Sicherheit, daß mit dem genus auch die dem Käufer geschuldete species zu Grunde gegangen, ist hier in nicht minderem Grade vorhanden, als in dem Falle der geschehenen Ausscheidung, und daraufhin weist in der That das römische Recht bei einer mora accipiendi des Käufers ihm die Gefahr zu[32]). Damit ist die Ausflucht unmöglich gemacht, daß eine species im genus nicht untergehen könne, und wenn dennoch der Untergang des ganzen genus auf Gefahr des Verkäufers geht, so folgt daraus, daß der Käufer bei dieser Art des Contracts nicht bloß darum und bloß so lange von der Gefahr befreit ist, weil und als sie ihm gegenüber durch die generische Bestimmtheit des Objects unmöglich gemacht ist, sondern ohne alle Rücksicht darauf schlechthin, daß m. a. W. der generische Kauf unter einer ganz anderen Regel steht, als der specifische, und die für letzteren geltende für ihn nie zur Anwendung gelangt, auch da nicht, wo sie es an sich könnte.

---

32) l. 5 de peric. cit., l. 2 Cod. ibid. cit.

Die Individualisirung des Objects erscheint demzufolge als etwas völlig Bedeutungsloses, denn die Gewißheit, die sie darüber gewährt, daß das dem Käufer bestimmte Object untergegangen ist, kömmt gegenüber der Vorschrift, daß der Verkäufer schlechthin bei diesem Contractsverhältnisse die Gefahr zu tragen hat, gar nicht in Betracht. Etwas völlig Anderes ist es, wenn die ursprüngliche emtio generis hinterher in eine emtio speciei verwandelt wird, z. B. es bestellt Jemand bei einem Fabrikanten nach dessen Preiscourant ein Fortepiano und sucht sich hinterher von den vorräthigen ein bestimmtes aus. Hier ist nicht etwa das generisch bestimmte Object hinterher individualisirt, sondern an die Stelle der nicht zur Ausführung gelangten emtio generis ist später eine emtio speciei getreten[33]).

2) Die emtio ad mensuram (Note 2) wird in der l. 35 §. 5—7 de act. emt. cit. mit dem generischen Kaufe auf eine Linie gestellt, sie kann uns also dazu dienen, den juristischen Zweck des bei ihnen beiden stattfindenden admetiri zu ermitteln. Gegenstand jenes Contracts ist nicht ein genus, sondern eine species — denn es sind diese Schafe gekauft, wie viel es auch sein mögen (l. 35 §. 6 cit.), nicht unbestimmt „Schafe" — das adnumerare kann hier also unmöglich den Zweck haben, zu individualisiren; mit den Schafen geht durch die Zählung keine Aenderung vor sich, und bei Massen, z. B. einem Wagen voll Braunkohlen,

33) Im römischen Proceß hätte unter der entgegengesetzen Voraussetzung der Kläger auf ein genus klagen müssen; um die Klage auf eine species zu stellen, mußte auch der Contract darauf gerichtet gewesen sein, sonst machte der Kläger sich einer plus petitio schuldig, das heißt aber m. a. W., die nachherige Vereinigung der Parteien über eine bestimmte species muß unter den im Texte aufgestellten Gesichtspunkt gebracht werden.

wird durch das Messen der einzelne Centner nicht individualisirt, sondern das Ganze bleibt auch nachher, was es war, eine Masse. Das gekaufte Object (diese Masse von Schafen oder Braunkohlen) ist also von vornherein schon genau bestimmt, individualisirt, und selbst wenn die in der Masse enthaltene Stück- oder Centnerzahl den Parteien unbekannt ist, objectiv steht sie schon vorher fest, nicht minder als der nach irgend einem in der Vergangenheit liegenden Umstand bestimmte Kaufpreis (z. B. der Marktpreis am letzten Markt), auch wenn er den Interessenten zur Zeit noch unbekannt ist, als pretium certum aufzufassen ist. Wenn nun trotzdem ein Casus, der die Masse vor dem admetiri u. s. w. trifft, vom römischen Recht dem Verkäufer zugewiesen wird, so kann der Grund nicht darin gefunden werden, daß zum Zweck der Ermittelung der Stückzahl das Zuzählen u. s. w. das einzige mögliche Mittel gewesen sei — daß die Heerde aus 100 Stück bestand, daß diese 2 Stück vom Blitz getroffen sind, kann der Verkäufer im Stande sein, auf's Unwidersprechlichste darzuthun — sondern darin, daß das römische Recht einen derartigen Vertrag dahin auffaßt, daß so viel Stücke bezahlt werden sollen, (nicht als gezählt, sondern) als geliefert sind.

> l. 35 § 5 cit. quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut ... in singula corpora, quae adnumeraveris (certum pretium diceretur).

Erst die Leistung soll bestimmen, ob und wie viel der Käufer zu zahlen habe, woraus sich dann von selbst ergiebt, daß der Verkäufer bis zur Leistung den Casus trägt. Dies Gemeinsame der emtio generis und ad mensuram und das Unterscheidende beider von der gewöhnlichen emtio speciei besteht also darin, daß, während bei letzterer die Verpflich-

tung des Käufers mit Abschluß des Contracts, sie bei jenen beiden erst mit der Lieferung entsteht.

Diese Eigenthümlichkeit in der Structur beider Arten des Kaufcontracts hängt zwar mit der bei beiden erst durch den Akt des Ausscheidens, Zuzählens u. s. w. zu hebenden Unbestimmtheit des Objects in einem gewissen Maße zusammen, allein sie hat letztere nicht zu ihrer Voraussetzung. Es kann zwischen den Parteien im Moment des Kaufs bereits völlig feststehen, daß die Heerde aus 100 Schafen besteht, und nichtsdestoweniger ist die Vereinbarung, daß der Verkäufer bei Ablieferung der Heerde für jedes Schaf so und so viel Gulden erhalten soll, als ein solcher Lieferungskauf zu beurtheilen, und ebenso kann bei der emtio generis die vom Verkäufer vor Zeugen bewerkstelligte Ausscheidung der zu leistenden species oder der Untergang des ganzen genus die hier obwaltende Unbestimmtheit des Objects völlig heben, gleichwohl aber verbleibt die Gefahr beim Verkäufer. Worin hat diese an und für sich nicht gebotene strengere Behandlung desselben ihren Grund? Ich kann den Grund nur darin erblicken, daß das römische Recht mit richtigem praktischen Takt damit allen Streitigkeiten vorbeugen wollte, die sich unvermeidlich ergeben, sowie man die Sache auf die Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Objects stellt. Dieselbe Erwägung[34]), die es räthlich erscheinen ließ, bei der emtio speciei dem Käufer schlechthin die Gefahr zuzuweisen, anstatt je nach Umständen die Gefahr zwischen beiden zu vertheilen, nämlich die Rücksicht auf die Praktikabilität des Rechtssatzes[35]) mußte auch

---

34) S. darüber das von mir in meinem ersten Beitrage B. 3 S. 465 Gesagte.

35) Ueber diesen bei der Würdigung des römischen Rechts regelmäßig viel zu sehr vernachlässigten Gesichtspunkt s. meinen „Geist des römischen Rechts" B. 2 Abth. 2 S. 347 ff.

für jene beiden eigenthümlich gearteten Fälle des Kaufcontracts dahin führen, die Idee einer Theilung der Gefahr zwischen Käufer und Verkäufer — eine Idee, gleich mißlich für die legislative Gestaltung, als für die concrete Anwendung, und eine reichhaltige Quelle von Streitigkeiten — zu verwerfen und bei ihnen umgekehrt schlechthin dem Verkäufer die Gefahr zuzuweisen. Gerade also darum, um der Ausscheidungstheorie aus dem Wege zu gehen, um alle obigen (S. 387) Fragen, wann das genus sich in eine species verwandelt habe, wie ausgeschieden werden müsse u. s. w., abzuschneiden, gerade darum hat das römische Recht den Satz adoptirt: der Verkäufer wird frei mit der Lieferung, und die Nachfolge der neueren Gesetzgebungen zeigt, wie sehr es damit das Richtige getroffen hat.

Dieser Satz bildet die Grundlage, auf der wir im Folgenden unsere Theorie aufbauen werden; zu dem Zweck werden wir folgende drei Punkte festzustellen haben:

1) Gegenstände, bei denen er zur Anwendung gelangt;
2) Beschaffenheit der Lieferung nach Verschiedenheit der Fälle (Bringen, Holen, Senden);
3) Einfluß der mora accipiendi des Käufers.

III.

Die Lieferungstheorie.

1. Die generische Bestimmtheit des Objects.

Nach der bloß von res, quae pondere, numero, mensura constant redenden l. 35 § 5 de cont. emt. cit. könnte es scheinen, als ob unser Satz generisch bestimmte vertretbare Sachen voraussetzte. Allein dieser Paragraph sowohl wie der § 6 behandeln nicht die emtio generis, sondern ad mensuram, und das dort gebrauchte Beispiel der grex be-

weist, daß der Jurist auch rücksichtlich ihrer nicht sowohl Sachen, welche regelmäßig im contractlichen Verkehr generisch bestimmt werden, d. i. fungible oder vertretbare, als vielmehr alle Sachen im Auge hat, welche im einzelnen Fall in dieser Weise bestimmt sind. Denn Pferde, Ochsen u. s. w. werden zwar ebenfalls unter Umständen nach Stückzahl gekauft, z. B. bei Lieferungen im Kriege, aber dies bildet nicht die Regel. Daß aber grex, obschon, wo es im Gegensatz zu armentum gebraucht wird, auf Kleinvieh (Schafe, Ziegen, Schweine, Gänse u. s. w.) zu beziehen ist, dennoch, wo es allein steht, auch die oben genannten Thiere begreift, dafür genügt die Bezugnahme auf jedes Lexikon [36]), und auch Schweine, Schafe u. s. w. werden im Leben im Einzelkauf nicht generisch, sondern specifisch bestimmt.

Es kömmt unser Satz also bei allen generisch bestimmten Sachen zur Anwendung, welcher Art sie auch immerhin sein mögen. Der Gegensatz der generischen und specifischen Bestimmung der Sachen [37]) gehört zwar zu den Elementarbegriffen der Jurisprudenz, allein ich halte es keineswegs für überflüssig, denselben einer Revision zu unterwerfen [38]).

Derselbe bezeichnet keinen Gegensatz der Sachen selber,

36) S. z. B. die Stellen bei Freund, Wörterbuch der lateinischen Sprache.

37) Die Römer bezeichnen ihn verschieden: genus und species l. 54 pr. de V. O. (45. 1) res generaliter relicta l. 2 § 1 de opt. leg. (33. 5), l. 37 pr. de leg. I. (30), incerta und certa res l. 30 § 4, 5 ad leg. Falc. (35. 2) (letzteres jedoch nicht schlechthin), summa, quantitas und corpus oder certum corpus l. 19 § 2 de cond. ind. (12. 6), l. 34 § 3, 4, 5 de leg. I, l. 21 de pact. dot. (23. 4).

38) Von den bisherigen Darstellungen s. namentlich die von Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts B. 1 S. 313—317, Wächter, Handbuch des würtemb. Privatrechts B. 2 S. 227—233, Unger, System des österr. Privatrechts B. 1 S. 404—408.

keine objective Verschiedenheit derselben, wie der zwischen fungiblen und nicht fungiblen, sondern eine Verschiedenheit in der subjectiven Bestimmungs- oder Bezeichnungsweise, der praktischen Behandlungsweise derselben. Bei gewissen Rechtsverhältnissen haben die Parteien die Wahl, ob sie dasselbe auf diese bestimmte Sache, dies Individuum oder auf eine zu dieser Gattung gehörende Sache stellen wollen. Dort erscheint die Sache mit dem bestimmten Artikel: der, oder dem hinweisenden Fürwort: dieser, hier mit dem unbestimmten Artikel: ein oder dem Zahlworte: zehn, hundert u. s. w. Ueberall, wo das Rechtsverhältniß die Sache selbst ergreift, wie Besitz, Eigenthum, Pfandrecht u. s. w. und folgeweise die auf Begründung derselben gerichteten Akte, wie Occupation, Dereliction, Tradition (und mithin auch die Solution), ist der Gegenstand desselben nothwendigerweise eine specifisch bestimmte Sache[39]); man kann nicht Eigenthum haben an einer Sache, sondern nur an der Sache. Der Gegensatz hat also für das Gebiet des Sachenrechts keine Bedeutung. Die Rechtsverhältnisse, bei denen er sie hat, gehören ausschließlich dem Obligationenrecht[40]) an, denn nur sie allein gewähren die Möglichkeit, die Individualisirung des zu leistenden Gegenstandes bis dahin auszusetzen, wo dieselbe überhaupt erst nöthig wird: bis zum Akte der Leistung. Mit diesem Akte muß freilich, insofern die Leistung reell, nicht durch Compensation erfolgen soll, der Gegenstand der Obligation aus der Form der bloß abstracten Bestimmtheit her-

---

39) Man kann zukünftige Sachen zwar verpfänden, allein das Pfandrecht selbst (s. u.) entsteht erst in der species, während bei der emtio generis die obligatio sofort entsteht.

40) Das legatum generis steht nicht im Wege, denn es ist ein obligatorisches Verhältniß.

austreten und zur species werden[41]), so daß also jede Obligation, auch wenn sie mit dem genus beginnt, mit der species endet. Der Grund, warum sie von vornherein nicht auf die species gestellt wird, kann theils darin liegen, daß diese Bestimmung zur Zeit noch nicht möglich oder thunlich ist, theils darin, daß der Schuldner oder der Gläubiger, wenn ihm z. B. als Legatar die Wahl zusteht, dadurch in der Wahl der species vortheilhafter gestellt, nämlich nicht schon jetzt, sondern erst am Tage der Erfüllung zu derselben gedrängt werden sollen, womit sich der Zweck der Uebernahme der Gefahr von Seiten des Schuldners verbinden kann.

Jene Wahl zwischen beiden Bestimmungsweisen des Obligationsobjects ist im neueren römischen Rechte für alle Contracte zugelassen, selbst für solche, welche auf ein Zurückgeben einer Sache gehen, und bei denen das ältere Recht sich zu dieser Ausdehnung noch nicht verstanden hatte. Diese Erweiterung des Obligationsbegriffs von der specifischen auf die generische Bestimmung der Sachen bezeichnet einen beachtenswerthen Fortschritt des neueren Rechts; es prägt sich darin jene Richtung zum Abstracten aus, die ich an anderer Stelle als einen der Grundzüge der neueren Rechtsentwickelung nachweisen werde.

Diese Bemerkung bedarf nur rücksichtlich der auf ein Zurückgeben gerichteten Contractsverhältnisse eines Nachweises, denn daß man auch schon nach früherem Recht die Stipulation, den Kaufcontract (dem heutzutage der Tauschcontract gleichzustellen ist), das Legat auf einen generisch bestimmten Gegenstand richten konnte, wird nicht in Zweifel gezogen werden.

---

41) Heyer a. a. O. S. 30 Note 1 läßt vertretbare Sachen in genere gegeben werden (!), während nicht vertretbare in specie prästirt werden müßten, — ist mein Urtheil in Note 24 zu hart?

Zu der genannten Klasse von Contractsverhältnissen gehören folgende:

1) Der **Leihcontract**. Hier fällt der Gegensatz zwischen generisch und specifisch bestimmter Sache in zwei besondere Contracte, das mutuum und commodatum, aus einander, zu denen sich, da das mutuum auf fungible Sachen beschränkt ist, bei beabsichtigter **Eigenthumsübertragung** von nichtfungiblen Sachen noch der Innominatcontract: do, ut reddas hinzugesellt.

2) Der **Miethcontract**. Hier erscheint der Gegensatz in Form der locatio regularis und irregularis, und zwar sowohl bei der locatio rei [42]), als operarum und operis [43]).

3) Das **Depositum**; ebenfalls als regulare und irregulare.

4) Die **dos**. Die Verpflichtung kann entweder auf Rückgabe derselben Sache oder Sachen derselben Gattung gerichtet werden, und zwar Letzteres nicht bloß bei Fungibilien, sondern auch bei Nichtfungibilien [44]).

5) Der **Ususfructus**; in seiner Richtung auf generisch bestimmte Sachen: quasi-ususfructus. Daß ich ihn zu den **Contracten** stelle, geschieht mit Bezug auf die cautio usufructuaria. Nur nach dieser seiner obligatorischen Seite war er der Ausdehnung auf ein genus fähig, denn als dingliches Recht ist er nur denkbar an einer species.

6) Das **pignus**; die Möglichkeit der Richtung des

42) Eisernviehcontract. l. 3, l. 54 §. 2 loc. (19. 2), schon bei Cato, De re rust. c. 144 .. reddet aequas.

43) Hingabe von fungiblen Sachen zum Zweck des Transports l. 31 Loc. (19. 2), ähnlich beim Mandat, l. 22 § 7 mand. (17. 1) oder zur Verarbeitung, nicht bloß, wie die letzte Stelle sagt, ut eiusdem generis reddatur, sondern nach l. 34 pr. de auro leg. (34. 2) auch ut idem reddatur.

44) z. B. Sklaven, l. 18 de J. D. (23. 3).

contractus pigneratitius (denn mit dem Pfandrecht verhält es sich wie mit dem ususfructus) auf ein generisch bestimmtes Object wird regelmäßig übersehen; als täglich im Leben vorkommendes Beispiel nenne ich die Bestellung einer Geldcaution, welche, da sie zum Zweck der Sicherheit für eine zukünftige Forderung geschieht, nicht als depositum, und da nicht dieselben Geldstücke zurückgegeben werden sollen, nicht als gewöhnliches pignus charakterisirt werden kann, also als pignus irregulare bezeichnet werden müßte.

Für alle diese Verhältnisse wird rücksichtlich der Gefahr, was hier freilich nicht weiter auszuführen ist, ganz derselbe Grundsatz gelten, den wir für den generischen Kauf begründet haben, daß nämlich die Gefahr nicht schon mit der Ausscheidung von Seiten des Schuldners, sondern erst mit beschaffter Leistung auf den Gläubiger übergeht[45]), woraus sich denn zugleich ergiebt, daß, insofern nicht Letzterer beim Schuldner die Sache in Empfang zu nehmen, sondern dieser bei ihm zu leisten hat, die Gefahr der Uebersendung den Schuldner trifft[46]).

Zur schärferen Feststellung des Begriffs der generischen und specifischen Bestimmung scheint es mir jetzt noch angemessen, einige Momente namhaft zu machen, die für denselben

45) S. z. B. l. 9 § 1 de solut. (46. 3), der zufolge sogar: is qui „hominem" debet, partem Stichi dando nihilominus hominem debere non desinit (trotzdem, daß er doch theilweise bereits eine species geleistet hat). Eine analoge Entscheidung über das Einschußgeld des Gesellschafters s. in l. 58 § 1 pro socio (17. 2) si vero ante collationem posteaquam eam destinasses (d. h. ausgeschieden und bestimmt für diesen Zweck) tunc perierit etc.

46) Dies ist z. B. anzunehmen beim Darlehn, dagegen sendet der Depositar und der Mandatar das Geld auf Gefahr des Gläubigers. Ueber die Frage von der Gefahr bei Geldsendungen s. die verdienstliche Abhandlung von Leo im Neuen Archiv für Handelsrecht von Voigt und Heinichen B. 2 S. 58 ff.

ohne allen Einfluß sind, die richtige Auffassung und Anwendung desselben aber, wenn man sich ihrer nicht bewußt wird, erfahrungsmäßig leicht beeinträchtigen können. Dahin gehören folgende:

1) Die Beschaffenheit der Sachen, namentlich der Unterschied der Fungibilien und Nichtfungibilien. Derselbe hat mit unserem Gegensatz nur das zu schaffen, daß bei ersteren die generische Bestimmung, bei letzteren die specifische die Regel bildet. Allein sowie erstere in obligatorischen Verhältnissen specifisch, so können umgekehrt letztere generisch bestimmt sein[47]), was man bekanntlich nicht selten verkehrterweise so ausgedrückt hat: jene könnten im einzelnen Falle von den Parteien als nichtfungibel, diese als fungibel behandelt werden — verkehrt darum, weil dieser letztere Gegensatz ein durch die Sachen selbst gegebener, von der Willkür der Parteien unabhängiger ist, während der von generisch und specifisch gerade die dieser Willkür anheimgestellte Differenz in der Bestimmungsweise ausdrückt.

2) Die Abgränzung des genus. Sie ist ganz dem Ermessen der Parteien anheimgestellt, der Begriff des genus ist ein ganz elastischer Begriff, dasselbe kann weit- oder enggegriffen sein, z. B. ein Ohm Wein — ein Ohm Rüdesheimer — Rüdesheimer 1857er — dies Stückfaß Rüdesheimer 1857er — eins von meinen Pferden. Es kömmt nur darauf an, daß das genus mehrere Individuen (seien es wirkliche oder durch Ausscheiden, Abmessen herzustellende) in

47) Jenes: z. B. l. 30 § 4 ad leg. Falc. (35. 2) pecunia, quam in illa arca .. habeo, l. 34 § 4 de leg. I (30), l. 37 de V. O. (45. 1), in l. 78 § 4 de J. D. (23. 3) als vice corporis habetur, in l. 30 § 6 de leg. I als species legata bezeichnet. Dieses, z. B. die Sklaven, in l. 18 de J. D. (23. 3), das Vieh beim Eisernviehcontract, die Kleider beim Quasiususfructus.

sich fasse, so daß also z. B. die drei und selbst zwei Pferde des Testators, von denen er eins legirt hat, das genus bilden [48]), während umgekehrt das Vermächtniß seiner sämmtlichen Pferde, und wären es hundert und mehr, eine species legata ist. Dasselbe gilt von einer Disposition, die das ganze Vermögen trifft, z. B. Schenkung, Verpfändung desselben. Denn Vermögen heißt hier nichts Anderes, als diese sämmtlichen einzelnen Stücke desselben, was, wie unten gezeigt werden soll, auch bei der Verpfändung des zukünftigen Vermögens nicht anders ist, so daß also, wenn man immerhin den Ausdruck generelle Verpfändung gebrauchen mag, doch als Gegenstand derselben stets diese bereits jetzt bestimmten oder durch ein in der Zukunft liegendes Ereigniß bestimmt werdenden einzelnen species anzusehen sind.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß die obligatio generis, wenn das genus bloß aus einigen Individuen besteht, der alternativen Obligation sehr nahe kommt. Dem Testator steht es frei, zu sagen: ich legire das Pferd **A**, **B** oder **C**, oder eins von meinen drei Pferden, dort hat er eine species, hier ein genus legirt [49]). Für den Kaufcontract knüpft sich an diese Verschiedenheit die wichtige Folge, daß bei der alternativen Fassung der Untergang sämmtlicher Stücke den Käufer [50]), bei der generischen aber den Verkäufer trifft. Es er-

---

48) Savigny (folgende Note) nimmt hier mit Unrecht eine alternative Obligation an.

49) Savigny, Oblig.-Recht B. 1 § 38 Note q, t u. S. 400 nimmt in beiden Fällen eine alternative Obligation an, wogegen F. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 341 Note sich mit Recht erklärt.

50) l. 34 § 6 de cont. emt. (18. 1) .. unus enim utique periculo emptoris vixit. Dasselbe müßte für die emt. generis gelten, wenn die Individualisirungstheorie richtig wäre. Denn wäre hier wie dort bloß die Unbestimmtheit des Objects der Grund, warum der Käufer

giebt sich ferner, wie leicht bei der engen Fassung, die sich dem genus geben läßt, ein ganzes genus untergehen kann[51].

3. Die Zahl der zu leistenden Stücke; was ich nur darum hervorhebe, um daran die Warnung zu knüpfen, sich nicht, wie der neueste Schriftsteller über unsere Frage (Note 24) durch den für „generische Bestimmung" häufig gebrauchten Ausdruck genus, z. B. legatum generis, irre führen zu lassen. „Eine Flasche Wein" ist ein genus, aber der Kauf in Bausch und Bogen, den jener Schriftsteller ebenfalls (S. 25 a. a. O.) als emtio generis auffaßt, ist eine emtio speciei, auch wenn er ein ganzes Weinlager beträfe, und sein Wagner, der aus einem Holzlager sich einzelne Stücke heraussucht und mit Rothstift bezeichnet, ohne sie herauszunehmen, hat von vornherein nicht ein genus, sondern eine species gekauft, sowie umgekehrt der Kunde, welcher vom Tuchhändler zwei Ellen von einem bestimmten Stücke Tuch kauft, eine emtio generis abschließt, auch wenn dieselben sofort hinterher abgeschnitten werden.

Man könnte versucht sein, die Idee, als ob bei der em-

---

vor getroffener Wahl die Gefahr nicht zu tragen hätte, ginge also auch bei der emtio generis mit der Wahl die Gefahr auf ihn über, so wäre unsere obige (S. 395) Argumentation, daß mit sämmtlichen (alternativ bestimmten oder im genus enthaltenen) Individuen auch das dem Käufer geschuldete untergegangen, wie für die alternative, so auch für die generische Obligation zutreffend. Das Irrige der Individualisirungstheorie läßt sich jetzt mit einem Worte dahin angeben, daß sie die Grundsätze der alternativen Obligation auf die generische überträgt, das genus auflöst in die Summe der in demselben enthaltenen Individuen, während, juristisch gesprochen, bei ihr das Individuum vor der Leistung gar nicht existirte, erst in und mit ihr Existenz gewinnt.

51) z. B. in l. 30 § 5 ad leg. Falc. (35. 2) das omne argentum testatoris, von dem der Legatar sich ein Stück hatte aussuchen sollen.

tio generis mehre Stücke vorhanden sein müßten, auf die von der l. 35 § 5 de cont. emt. gebrauchten Ausdrücke admetiri, adnumerare u. s. w. zu stützen, allein da diese Stelle überhaupt nicht von unserem Verhältnisse spricht (Note 2), so beseitigt sich dieser Einwand von selbst. Ob hundert Stücke „abgezählt" oder ein Stück „gegeben" werden soll, macht keinen Unterschied; das Entscheidende ist hier wie dort die abstracte Bezeichnung des geschuldenen Objects.

Dagegen muß, damit der Begriff generischer Bestimmung Anwendung finden könne, stets irgend eine Zahl, sei es auch die Einzahl, gesetzt sein; wenn also nur ein quoter Theil des Ganzen, z. B. die Hälfte des Ohms Wein, Gegenstand des Vertrags ist, so betrifft letzterer eine species. Gewiß wird Niemand daran zweifeln, daß, wenn ein Testator drei Personen zusammen sein einziges Ohm Wein legirt oder einer Person „ein Dritttheil" davon, daß hier ein legatum speciei vorliegt. Daran knüpft sich die Folge, daß, wenn die Hälfte ausläuft, der Legatar an dem Schaden zur Hälfte participirt, während, wenn ihm „60 Flaschen Wein" von jenem Ohm, welche gerade ein Drittheil des Ohms ausmachten, legirt worden wären, jener Schaden ihn nicht treffen würde, da der noch übrige Rest des genus ausreicht, um ihm dieselben zu gewähren. Dasselbe muß natürlich auch beim Kaufcontract eintreten und wir haben damit ein Gegenstück zu unserem obigen Fall (S. 367) erhalten: dort eine emtio generis, welche vollzogen werden kann ohne reelle Ausscheidung der species, hier eine emtio speciei, zu deren Erfüllung eine Ausscheidung nöthig ist. Ein Verkäufer, der für sein 3 Ohm haltendes Faß Wein drei Liebhaber findet, wird also, jenachdem er den Contract mit jedem Einzelnen auf ein Ohm oder auf 1/3 des Fasses stellt, die Gefahr selber behalten oder auf die Käufer übertragen. Die Probe der

Richtigkeit dieser Behauptung ist die, daß er das 1/3 tradiren kann, ohne es auszuscheiden (pars pro indiviso), nicht aber die 60 Flaschen im Ohm; was sich tradiren läßt, ist stets eine species.

4. Der Gegensatz der Gegenwart und Zukunft ist für unsern Unterschied ebenfalls ohne Einfluß, d. h. man kann ebensowohl zukünftige, wie gegenwärtige Sachen in der einen oder anderen Weise bestimmen. Diese Behauptung hat auf den ersten Blick etwas Befremdendes, denn die Ungewißheit, welche das Wesen der generischen Bestimmung ausmacht, und welche gleichfalls alle zukünftigen Sachen trifft, verleitet auf den ersten Blick dazu, letztere mit den generisch bestimmten auf eine Linie zu stellen. Dies ist falsch. Jeder fühlt sofort, daß es einen Unterschied macht, ob ein Kunsthändler von einer abzuziehenden Kupferstichplatte den ersten, den zehnten, die zehn ersten Abdrücke oder aber einen Abdruck, einen der zehn ersten zu liefern verspricht. In jenem Fall klagt der Käufer, wie bei jeder emtio speciei, auf diese bestimmten species, in letzterem Falle würde er sich einem plus petitio schuldig machen, wenn er seine Klage statt auf ein Exemplar auf dieses bestimmte richten wollte. Ueberall, wo in der Gegenwart oder Zukunft ein genus gesetzt ist, aus dem der Schuldner erst die species auswählen soll, liegt eine emtio generis vor; überall, wo dieser Gegenstand in der Weise bestimmt ist, sei es durch Merkmale, die in der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft liegen, daß die Obligation in dem Moment, wo sie entsteht, ihn allein trifft, eine emtio speciei. Das „zukünftige Vermögen" ist demzufolge eine species; ist es geschenkt oder verpfändet, so sind Gegenstände der Schenkung oder des Pfandrechts „alle species, die ich erwerben werde[52])." Ebenso die zukünftige Weinerndte, das Junge

52) S. Note 39.

von diesem Thier, der erste Hirsch, den der Jäger erlegen wird. Darum hat der öftergenannte Schriftsteller (Note 24) sich abermals in dem Begriff des genus sehr vergriffen, wenn er die „von den Bäumen bis zum 1. October von selbst fallenden Früchte" für generisch bestimmt hält. Eine emtio generis würde hier nur dann vorliegen, wenn der Verkäufer nicht sämmtliche Früchte oder die Hälfte derselben, sondern z. B. einen Scheffel, zwei Malter von ihnen verkauft hätte.

Es steht nichts im Wege, daß als das die in der Zukunft gedachte species bestimmende Moment nicht auch die Handlung einer Person gesetzt werden könnte, sei es die Production der Sache selber (z. B. die erste Maschine, die aus dieser Fabrik hervorgehen wird) oder die Wahl von Seiten derselben. „Das Pferd, das X. für den Legatar auswählen wird" ist nicht minder bestimmt und der Willkür des Schuldners entzogen, als „das, welches diese Stute werfen wird." Ließe sich dann nicht auch die Bestimmung der species auf die Wahl des Schuldners stellen? Gewiß! Damit ist aber, wie es scheint, der ganze Unterschied zwischen der generischen und specifischen Bestimmung vernichtet, denn „ein Ohm Wein" ist gleichbedeutend mit „dem, welches der Schuldner aussuchen wird." Allein das ist nicht richtig. Das zu leistende Ohm Wein kann allerdings nur geliefert werden, wenn der Schuldner aussucht, allein die Obligation ist hier nicht auf das Mittel: das Aussuchen selbst, sondern auf das Resultat: die Leistung gestellt, und so richtig es ist, daß sie auch umgekehrt auf das Aussuchen gestellt werden kann, und daß unter dieser Voraussetzung die Obligation als eine emtio speciei (futurae) zu charakterisiren ist, und alle Consequenzen der emtio speciei auf sie Anwendung finden müssen, namentlich also daß mit der bloßen Anzeige der getroffenen Wahl die

Gefahr auf den Käufer übergeht, und letzterer seine Klage nur auf dieses Object richten kann und muß, so völlig verkehrt würde es sein, die generische Obligation unter diesen Gesichtspunkt zu bringen. Bei ihr ist die Wahl nicht eine wirkliche Bedingung, sondern eine conditio quae tacite inest[53]), und der Käufer hat schon vor getroffener Wahl eine Klage, die er in Rom, wo man streng auf den richtigen Ausdruck hielt, nicht etwa auf „das Exemplar, welches der Schuldner ausgesucht haben wird," sondern nur auf „ein Exemplar" hätte richten dürfen, während er im ersten Fall die entgegengesetzte Fassung hätte wählen müssen.

Nicht, um dieser letzteren Ausdrucksverschiedenheit für unser heutiges Leben eine praktische Bedeutung beizulegen, sondern nur um zu zeigen, daß der von mir aufgestellte Begriff die consequente Durchführung nicht zu scheuen hat, habe ich diese Consequenz hervorgehoben. Es würde eine reine Spitzfindigkeit sein, wollte man Gewicht darauf legen, ob eine Hausfrau bei einem Bauer eine Gans in der Weise bestellt, er

---

53) Quia diversa causa est voluntalis expressae et ejus quae inest l. 138 § 1 de V. O. (45. 1). Bei der alternativen Obligation, von der auch diese Stelle spricht, ist der Gegensatz von den römischen Juristen sehr scharf entwickelt. Lautet die Stipulation auf das Object a oder b, „das ich gewählt haben werde," so war, mochte der Gläubiger oder Schuldner der Ich sein, das Object bestimmt mit der Wahl, es war so gut, als ob die Obligation vom Anfang an auf dies Object gerichtet gewesen wäre l. 20 de opt. leg. (33. 5) (Gläubiger), l. 84 § 9 de leg. I (30) (Schuldner). Lautete die Stipulation aber schlechthin auf a oder b, so geschah die Fixirung des Objects nicht schon durch vorherige Wahl, sondern für beide Theile erst im entscheidenden Moment, d. h. für den Schuldner mit der Leistung l. 106, l. 138 § 1 de V. O. (45. 1) (nicht mit der theilweisen l. 26 § 13 de cond. ind. 12. 6, l. 9 § 1 de solut. 46. 3), für den Gläubiger mit der Klage, l. 112 pr. ibid. Ueber die heutige Geltung dieser Sätze B. 1 S. 31, 32 dieser Jahrbücher.

selbst oder seine Frau sollten die fetteste aussuchen oder aber ob sie schlechthin die fetteste oder aber eine von den fettesten bestellt. Gemeint ist hier in allen diesen Fällen eine Gans von der und der Beschaffenheit. Ganz anders aber stellt sich die Sache, wenn z. B. ein Kaufmann Ausverkauf hält und von einem seiner Kunden den Auftrag erhält, ein Stück von einem bestimmten Artikel für ihn zurückzulegen. Das zurückgelegte Exemplar bildet hier die species, die der Käufer gekauft hat; statt seiner hat der Verkäufer ausgesucht, und so wenig dieser, wenn die Wahl getroffen und der Käufer sie constatiren kann, dieselbe rückgängig machen darf, woran bei der emtio generis nichts ihn hindert, so wenig kann hier der Käufer sich der Haftung für die Gefahr derselben entziehen.

Eine Bestättigung des Bisherigen gewährt die l. 8 pr. de cont. emt. (18. 1) von Pomponius[54]:

> Nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut cum editus esset partus, jam tunc cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur; sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant ex emto agi posse.

Daß der Jurist die Früchte eines bestimmten Landes, das Junge eines bestimmten Thieres, oder, was dasselbe, sämmtlicher Ländereien und sämmtlicher Thiere des Verkäufers, also der obigen Entwickelung zu Folge eine zukünftige species im Auge hat, darf unbedenklich angenommen werden, denn wer wird ohne Angabe der erzeugenden Sache und der Zahl der Früchte schlechthin „Früchte und Junge" kaufen? Ist dies der Fall, so stimmt es mithin ganz mit unserer obigen Ent-

54) Die l. 39 § 1 ibid. behandelt ebenfalls den Kauf zukünftiger Früchte, aber den nicht hierher gehörigen Fall der emtio ad mensuram.

wickelung, wenn der Jurist mit der Geburt des Thieres den Kauf in der Weise perfect werden läßt, als ob er vom Anfang an auf diese species abgeschlossen worden wäre, woraus sich für die Frage von der Gefahr ein Doppeltes ergibt, einmal nämlich, daß vor der Geburt (insofern der Contract nicht als emtio speciei gemeint ist) ein casueller Untergang des verkauften Gegenstandes überall nicht möglich, der Tod des trächtigen Mutterviehs also dem Verkäufer zum Nachtheil gereicht, und sodann daß von dem Moment der Geburt an die Gefahr den Käufer trifft. Bei dieser Art des Verkaufs findet also jene Construction, welche, wie oben S. 384 gezeigt, mit Unrecht auf die emtio generis angewandt worden ist, die nämlich, als ob die Ausscheidung die species in der Weise herstelle, als ob von vornherein über sie gehandelt worden wäre, ihre richtige Verwendung. So wenig wie die emtio generis bis zur Erfüllung je auf etwas Anderes als auf ein genus, so wenig ist emtio speciei futurae je auf etwas Anderes als auf diese inzwischen zur Existenz gelangte species gerichtet gewesen, denn wie bereits bemerkt: kommt letztere nicht zur Existenz, so ist ein Kauf überall nicht vorhanden gewesen, kömmt sie zur Existenz, so ist von Anfang an eine emtio speciei dagewesen (ut jam tunc cum contractum esset negotium venditio intelligatur).

Die im Bisherigen nachgewiesene Anwendbarkeit des Gegensatzes der generischen und specifischen Bestimmung auf zukünftige Sachen erstreckt sich auch auf künftig erst anzufertigende Sachen, insofern nämlich die Anfertigung derselben unter den Gesichtspunkt des Kaufcontracts fällt, was bekanntlich davon abhängt, ob der Verfertiger den Stoff dazu zu geben hat, widrigenfalls ein Miethcontract vorliegt[55]).

55) § 4 I. Loc. (3. 24), l. 2 § 1 Loc. (19. 2), l. 20, 65 de

Die Bestellung von einem Paar Stiefel, einem Rock u. s. w. ist eine emtio generis, die individuelle Beziehung der anzufertigenden Sache auf den Besteller macht sie nicht zu einer emtio speciei; der Besteller kann seine Klage nicht auf dieses, sondern nur ein Paar nach dem genommenen Maß gearbeiteter Stiefel richten. Dagegen begründet der Kauf einer beim Bildhauer in Arbeit befindlichen Statue oder die Bestellung einer zwar noch nicht angefangenen, aber im Uebrigen durch irgend welche Momente, z. B. den Stoff (die aus diesem Marmorblock zu verfertigende Vase[56]) oder die Reihenfolge (das vierte von jetzt an fertig werdende Pianoforte) fest fixirten Sache eine emtio speciei, und so wenig der Verkäufer eine andere, als diese bestimmte species liefern, so wenig darf der Käufer eine andere, als sie fordern. Eine nothwendige Folge davon ist, daß der Käufer, sobald die species fertig geworden — denn vorher existirt das Object des Contracts noch nicht, kann folglich auch nicht untergehen — auch vor der Ablieferung oder Absendung desselben den Schaden zu tragen hat.

Ganz anders bei der emtio generis. Denn hier wird der Verkäufer erst frei durch Leistung oder mora accipiendi; bis dahin trägt er die Gefahr, und der Umstand, der vom Standpunkt der Individualisirungstheorie aus von entscheidendem Einfluß sein müßte, daß die fertig gewordene species auf's Unzweifelhafteste für den Besteller „ausgeschieden" worden ist (z. B. der Rock nach dem ihm genommenen Maß, aus dem

---

cont. emt. (18. 1). Ueber die im Texte behandelte Frage s. Fr. Mommsen a. a. O. S. 366—368.

56) Lassen sich mehre daraus machen, so ist der Gegenstand nur generisch bestimmt, „eine von den aus diesem Marmor zu machenden Vasen." So also auch z. B. wenn der Schneider das Tuch zum Rocke gibt.

von ihm ausgesuchten Tuch verfertigt, ihm vor der Vollendung anprobirt worden ist u. s. w.) dieser Umstand ist hier ohne alle Bedeutung. Der Schneider, der den Rock zu überbringen hat, bringt ihn auf seine Gefahr; die Maschine, die vom Besteller geholt werden sollte, bleibt, so lange Letzterer nicht in mora accipiendi versetzt ist, beim Fabrikanten auf dessen Gefahr. Den Charakter einer species gewinnt die einmal generisch bestellte anzufertigende Sache auch dadurch nicht, daß der Besteller während der Anfertigung sie öfter in Augenschein genommen, sich zustimmend über sie geäußert hat, denn daraus folgt weiter nichts, als daß er gewußt hat, daß diese Sache für ihn bestimmt war; so wenig aber die objective Thatsache, daß sie es war, die emtio generis zu einer emtio speciei macht, ebensowenig sein subjectives Wissen dieses Umstandes. Zu dem Zweck hätte es eines eignen Vertrages bedurft, wodurch der ursprünglich auf das genus lautende Vertrag klar und bestimmt in einem auf diese species gerichteten verwandelt worden wäre.

Mit dem Resultat der bisherigen Entwickelung stimmt die l. 12—14 pr. de per. (18. 6), wenn man sie auf den Fall der Bestellung bezieht, vollkommen überein, während, wenn man sie mit der herrschenden Lehre von der emtio speciei versteht, sich ein durch alle Künsteleien nicht zu beseitigender Widerspruch mit sonstigen Grundsätzen ergiebt. Die Worte, mit denen Paulus in der l. 12 den Fall mittheilt, lauten: Lectos emtos Aedilis cum in via publica positi essent, concidit. Gewiß wird jeder Unbefangene die Worte lectos emtos auf specifisch bestimmte Bettstellen beziehen. Unter dieser Voraussetzung hätte aber die Entscheidung der Frage, wen die Gefahr der Vernichtung derselben trift, darauf gestellt werden müssen, ob diese Vernichtung ein reiner casus, oder aber vom Verkäufer durch eigene Schuld herbeigeführt worden war,

es mußte mithin untersucht werden, ob in dem Hinaussetzen der Betten auf die Straße eine culpa lag. Daß, wie heutzutage, so auch in Rom die Handwerker ihre Fabrikate häufig vor ihre Werkstätte auf die Straße setzten, und daß dies nicht schlechthin polizeiwidrig war, wird in der l. un. § 4 de via publ. (43. 10) ausdrücklich bemerkt. Wenn nach dieser Stelle der Wagenfabrikant seine Wagen vor die Thüre setzen darf, insofern er dadurch nur nicht die Passage versperrt, warum nicht auch der Tischler seine Bettstellen? Und in der That räumt die l. 13 cit. von Julian dies ein, indem sie gegen den Aedilen „si id non jure fecisset" die act. leg. Aquiliae gewährt; sie setzt also den Fall als möglich, daß der Aedil im Unrecht, der Tischler folgeweise im Recht war. Gleichwohl wäre es immerhin noch denkbar gewesen, daß der Tischler damit dem Käufer gegenüber eine culpa begangen hätte. Angenommen nun, das Hinausstellen hätte unter allen Umständen als culpa charakterisirt werden müssen, würde wohl der Verkäufer durch die mora accipiendi des Käufers schlechthin zu diesem Akt berechtigt worden sein? Gewiß nicht! Denn sonst könnte ja z. B. auch ein Glaswaaren-, ein Kunsthändler unter derselben Voraussetzung die gekauften Gläser und Kunstgegenstände, welche der Käufer nicht zur rechten Zeit abholen läßt, vor die Thüre setzen. Die Berechtigung zu diesem Akt hing vielmehr davon ab, ob der Tischler durch den Mangel an Raum in seiner Werkstätte dazu genöthigt war; geschah es ohne alle Nöthigung, lediglich aus Chikane, so haftet er troz der mora des andern Theils. Entweder also enthält das Hinausstellen schlechthin eine culpa — dann erklärt es sich zwar, daß der Verkäufer vor der Tradition schlechthin dafür haftet, nicht aber, daß er in dem Fall, wenn die tradirten oder nicht tradirten Bettstellen nicht rechtzeitig abgeholt werden, sie schlechthin Preis geben darf; oder aber

es liegt darin nicht schlechthin eine culpa — dann bleibt unerklärt, wie der Jurist ihn vor der Tradition unbedingt für die Folgen dieses Aktes verantwortlich machen kann.

Anstatt aber, sowie wir im Fall einer verkauften species es hätten erwarten dürfen, den Schwerpunkt der Entscheidung auf die culpa zu werfen, verlangt der Jurist ihn ausschließlich in die Tradition: „waren die Bettstellen tradirt, oder war die Tradition durch mora des Käufers verhindert, so trifft Letzteren die Gefahr, widrigenfalls den Verkäufer.“ Einen derartigen entscheidenden Einfluß auf die Gefahrfrage übt aber die Tradition, wie oben gezeigt, nur bei der emtio generis aus; dürfen wir letztere hier supponiren, also annehmen, daß es sich bloß um bestellte Bettstellen handelte, so ist die Entscheidung des Juristen vollkommen gerechtfertigt. Ich bin nun der Ansicht, daß der Jurist Alfenus, aus dessen Digesta Paulus in seinen Epitomae Alfeni diesen Rechtsfall entnommen, denselben in dieser Weise referirt hatte, daß aber die species facti bei dem doppelten Excerpiren durch Paulus und Justinian's Compilatoren zu der Gestalt zusammengeschrumpft ist, in der sie uns in den Pandekten mitgetheilt wird. Diese Annahme wird unterstützt dadurch, daß der von Alfenus und nach ihm von Paulus im unmittelbaren Zusamenhang mit diesem Fall behandelte der „materia emta (l. 14 § 1), wie oben nachgewiesen, ebenfalls die emtio generis betrifft. Trotzdem ist nicht zu leugnen, daß man vom Standpunkte der justinianischen Compilation aus den Worten, um sie in dieser Weise zu verstehen, Gewalt anthun muß, denn wenn auch „bestellte Bettstellen“ lecti emti, so sind darum doch „lecti emti“ noch nicht bestellte Bettstellen; allein wenn um diesen Preis eine Vereinigung dieser Stelle mit den sonstigen Quellenäußerungen gewonnen werden kann — eine Procedur, zu der Justinian selbst uns autorisirt hat und die

bekanntlich nicht selten in viel gewaltsamerer Weise geübt wird — so glaube ich, wird der Preis nicht zu theuer sein.

IV.

Die Lieferungstheorie.

2. Die Lieferung.

Nach unseren obigen (S. 385 fl.) Ausführungen erfolgt die Verwandlung des genus in die species erst in und mit der Lieferung; Object des debere ist bis zum letzten Moment das genus, Object des solvere die species. Ob der Schuldner schon vor diesem entscheidenden Moment die species herstellt, abmißt, abzählt, abwägt, wie er es zu seiner oder des Käufers Bequemlichkeit immerhin thun kann und bei von ihm anzufertigenden Sachen stets muß, ist gleichgültig, denn juristisch liegt darin nichts als eine factische Vorbereitung der der Leistung, die weder ihn bindet, gerade dieses Object zu leisten, noch den Gläubiger berechtigt, gerade dieses zu fordern, mithin auch nicht die Gefahr desselben auf ihn überträgt. Diese Vorbereitung der Lieferung, wie immerhin sie auch zu geschehen habe, ob durch körperliche Ausscheidung der bestellten Waare oder nicht, und Alles, was sonst noch zur Beschaffung derselben gehört, wie z. B. das Herbeischaffen der Sache an den Ort der verabredeten Leistung, das Verpacken u. s. w., bildet daher keinen Gegenstand unserer Betrachtung.

Die Lieferung besteht regelmäßig in der Tradition, und diese Form derselben haben sämmtliche Stellen über unsere Lehre im Auge, sowohl die, welche von tradere, als die, welche von adnumerare, admetiri, adpendere reden. Allein die Lieferung kann auch auf andere Weise erfolgen, die Begriffe von Tradition und Solution fallen keineswegs zusammen — ein Irrthum, der, wie nicht selten in theoretische Darstellungen,

so auch in neueren Gesetzgebungen sich eingeschlichen hat. Ich habe mich gegen denselben schon bei einer andern Gelegenheit ausgesprochen[57]), und kann bei der vorliegenden nicht genug gegen ihn warnen, indem er gerade bei unserer Lehre einen besonders nachtheiligen Einfluß ausgeübt hat. Ist Tradition erforderlich, so wird der Verkäufer, welcher die bestellte Waare übersenden soll, mit der Absendung noch keineswegs frei, denn, insofern der Ueberbringer nicht der Mandatar des Käufers ist hat Letzterer den Besitz der Waare erworben erst, wenn er die Waare selbst erhalten hat. Will man nun nicht, wie das ungarische Handelsrecht (S. 389), diese den Interessen des Verkehrs völlig widerstrebende Consequenz adoptiren, so bleibt, wenn man einmal Tradition zum Uebergang der Gefahr verlangt, nichts übrig, als dieselbe in die bloße Absendung zu setzen, wie es das preußische Landrecht (ebendaselbst) in der That gethan, und wie es im Widerspruch mit den unzweifelhaftesten Grundsätzen des römischen Rechts auch gemeinrechtliche Juristen gewollt haben, sei es gradezu oder mit der Wendung, die die Sache um nichts besser macht, daß nur für die Frage von der Gefahr die Waare als tradirt gelten solle (S. 379) — eine Tradition, die keinen Besitz überträgt!

Daß der Verkäufer leisten kann, ohne die verkaufte Sache, möge sie specifisch oder generisch bestimmt sein, dem Käufer zu tradiren, wird wohl keiner Ausführung bedürfen. Wenn dieser ihm z. B. den Auftrag giebt, den gekauften Vogel fliegen zu lassen, die nicht abgeholten und inzwischen verdorbenen Seefische auf den Mist zu werfen, so wird doch Niemand darüber zweifeln, daß der Verkäufer, der dem Auftrage nachgekommen ist, damit frei wird. Und wodurch wird er

57) Bd. 2 S. 137 fl. dieser Jahrbücher.

frei? Doch offenbar nur durch Leistung; denn er hat ja Alles gethan, wozu er contractlich verpflichtet war[58]).

So kann nun auch in den Fällen, wo der Käufer den gekauften Gegenstand in die Hände zu bekommen wünscht, der Verkäufer bereits vor der Tradition frei werden. Denn wenn Letzterer z. B. beauftragt ist, die gekaufte Schiffsladung Sand selbst in dem Fall, daß der Käufer an dem bestimmten Tage ausbleiben sollte, an einem angegebenen Ladeplatz auszuladen, so erfüllt er mittelst des Abladens, obschon der Käufer hier den Besitz nicht zugleich erhält. Ist das Verhältniß aber wohl ein anderes, wenn der Käufer, welcher die Waare hätte abholen sollen und daran verhindert worden ist, dem Verkäufer aufgiebt, sie ihm durch die Post, Eisenbahn u. s. w. zu übersenden? Hat der Verkäufer hier, wenn er wirklich absendet, weniger gethan, als in den obigen Fällen? Wie dort durch Wegwerfen, Abladen u. s. w., so leistet er hier durch Absenden.

Ist demnach für den Begriff der solutio nicht die Tradition das Entscheidende, sondern der Umstand, daß der Verkäufer Alles, was und wie es ihm (sei es nach dem ursprünglichen Contracte oder nach späterer Vereinbarung) oblag, gethan hat, so bestimmt sich der Zeitpunkt, wann bei der emtio generis die Gefahr auf den Käufer übergeht, darnach, wann man vom Käufer behaupten kann, daß er Alles gethan hat, was er sollte. Je nach Verschiedenheit der Fälle ist dies, wie früher bemerkt, der Moment des Abholens, Bringens, Absendens. Die beiden ersten Formen der Erfüllung treffen darin zusammen, daß bei ihnen die Waare wirklich dem Käufer tradirt wird, beim Abholen geschieht die Tradition beim Verkäufer, beim Bringen beim Käufer, in dem dritten Fall tritt die Absen-

58) Ueber die Leistung durch Ausgießen, die im Fall der mora accipiendi dem Käufer verstattet war, s. unten V.

bung an deren Stelle; die erste Form beruht auf gesetzlicher Vorschrift, die beiden letztern auf Vereinbarung der Parteien. Diese letztere Behauptung bedarf, bevor wir weiter gehen, einer Begründung.

Wenn nichts Anderes ausgemacht ist, so hat der Käufer die generisch bestimmte Sache beim Verkäufer in Empfang zu nehmen[59]), er hat sie zu holen. Durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung kann aber auch ein anderer Ort ausgemacht werden, wo der Käufer die Sache in Empfang nehmen soll, sei es der, wo das genus sich befindet, z. B. die 10 Klafter Holz im Walde, sei es ein Ort, an den der Verkäufer sie erst hinbringen soll, z. B. die Eisenbahnstation, an der der Käufer sie verladen will, oder das Schiff im Hafen („frei an Bord") — eine Combination von Bringen und Holen. Die Lieferung ist beschafft mit der Tradition; daß ein während dieses Aktes sich ereignender Zufall noch den Verkäufer trifft, wird eben so überflüssig sein zu bemerken, als daß die einmal beschaffte Tradition dadurch nicht wieder aufgehoben wird, daß der Käufer die angenommene contractmäßige (annehmbare) Waare hinterher nicht mitnehmen will, oder im Einverständniß mit dem Beklagten sie bei ihm zurückläßt[60]). Die Annahme einer nicht annehmbaren Waare begründet, wenn sie aus Versehen geschieht, keine solutio, die Gefahr dieser species, welche gar nicht Gegenstand der Obli-

---

59) Thöl a. a. O. § 78. Für das römische Recht ergiebt sich dies aus den Stellen, welche das admetiri des Weins in den Keller des Verkäufers verlegen und dem Käufer die Pflicht auferlegen, zu dem Akt dort zu erscheinen (tollere vinum), s. den Titel de periculo (18. 6), namentlich l. 1—4. Zu dem von Thöl citirten Entwurf des württemberg. Handelsrechts ist inzwischen der des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (zweite Lesung) Art. 302, 319 hinzugekommen.

60) l. 14 § 1 de peric. cit. (18. 6).

gation war, geht auf den Käufer über; geschieht sie wissentlich, so ist die solutio bewerkstelligt (res pro re solvi potest).

Es ist zwar bereits bemerkt, daß ein vom Verkäufer vor der Lieferung bewerkstelligtes Ausscheiden der species die Gefahr nicht auf den Käufer überträgt; ich halte es jedoch für nöthig, dies noch mit besonderer Beziehung auf den Fall des Holens einzuschärfen. Ein Kunde bestellt bei einem Tuchhändler nach der ihm übersandten Musterkarte 3 Ellen Tuch, welche der Schneider gegen Abend abholen werde; der Verkäufer mißt die 3 Ellen vorher ab und wickelt sie in ein Packet, welches bei einem ausgebrochenem Brande ein Opfer der Flammen wird. Wen trifft der Schaden? Den Verkäufer, denn zu leisten und folglich auszuscheiden hatte er erst am Abend.

Ich wende mich jetzt dem Fall des Bringens zu. Das Bringen faßt die Verpflichtung in sich, die Sache durch sich selbst oder durch Andere an den Ort zu schaffen, wo sie der Kläger in Empfang nehmen will: sein Haus, den Ort, wo er sich augenblicklich aufhält (z. B. der Gast im Wirthszimmer) oder einen beliebigen dritten Ort. Der Käufer kann diesen Ort nicht ohne Zustimmung des Verkäufers zu dessen Nachtheil verändern, woraus sich ergiebt, daß, wenn er seinen Wohnort wechselt, Letzterer darunter nicht zu leiden hat, d. h. die Zumuthung, die Sache auf eigne Gefahr und Kosten an den entfernteren oder für ihn aus irgend einem Grunde minder bequemen Ort zu bringen, ablehnen darf, nicht aber schlechthin die, sie an einen andern als den ursprünglich bestimmten zu schaffen, sei es an einen nähern auf eigne Gefahr und Kosten[61]), sei es an einen entferntern auf Gefahr

61) So müssen die Parteien, die auf Rom compromitirt haben, sich auch einen Ort in der Nähe gefallen lassen, si facile eo loci venire possint l. 10 § 21 de recept. (1. 8); siehe auch l. 20 § 4, l. 21 de oper. lit. (38. 1). Jene Veränderung des Zahlungsortes enthält keine

und Kosten des Verkäufers[62]). Das Gegentheil wäre eine reine Chikane, und würde consequent dahin führen, daß auch bei einem Umzug des Käufers in derselben Stadt der Verkäufer die Waare in die neue Wohnung des Käufers zu bringen nicht verpflichtet wäre.

Der Käufer hat die Verpflichtung zum Bringen nur dann, wenn er sie übernommen hat, was im Leben in sehr vielen Verhältnissen als Intention der Parteien anzunehmen ist. Ob der Gast im Wirthshause eine Flasche Wein mit den Worten: „bringen Sie mir" oder „ich wünsche" bestellt, ist gleichgültig; er will sie da haben, wo er sitzt. Ob die Hausfrau, welche gewohnt ist, daß die Personen, von denen sie Milch, Fleisch und Brod u. s. w. bezieht, ihr dieselben in's Haus bringen, im einzelnen Fall den Ausdruck „bringen, liefern, schicken, besorgen" u. s. w., oder „ich bestelle" gebraucht, ist ohne Bedeutung; beide Theile wissen, daß die Waare gebracht werden soll. Der Ausdruck: schicken, senden hat also in diesen und ähnlichen Verhältnissen des gewöhnlichen, außerkaufmännischen Lebens nicht die Bedeutung, die wir ihm unten in seiner Anwendung auf einen auswärts wohnenden Verkäufer beilegen werden. Der Fleischer, Bäcker, Conditor, Weinhändler, Apotheker, Buchhändler und auch der Kaufmann am Ort, wenn er sich dazu versteht, schickt nicht, sondern er bringt, einerlei, ob er das Bringen selbst oder durch seine Leute vornehmen läßt, in diesem Sinne also die Sache schickt, m. a.

Veränderung des Inhalts der Obligation, sondern des bloßen Erfüllungsmodus; Consequenzen des Gesichtspunkts s. in l. 15 de comp. (16. 2), l. 5 pr. Commod. (13. 6) und dem Titel 13. 4 de eo quod certo loco.

62) S. die Stellen im Titel de eo quod certo loco (13. 4) und l. 12 § 1 Depos. (16. 3), l. 4 § 5 de edendo (2. 13), l. 11 § 1 ad exhib. (10. 4).

W. er soll liefern beim Besteller, die Gefahr des Wegs trifft ihn. Der auswärtige Weinhändler, Kaufmann, Buchhändler u. s. w. pflegt aber nicht zu bringen, d. h. den Transport auf eigne Rechnung und Gefahr zu übernehmen; bei ihm streitet die Präsumtion für das Schicken.

Da nun die Bestellung von anzufertigenden Gegenständen ebenfalls unter den Gesichtspunkt der emtio generis fällt (S. 413), so folgt daraus, daß das eben Gesagte auch auf sie Anwendung erleidet. Der Handwerker am Ort, der Tischler, Schneider, Schuster u. s. w., pflegt sein Machwerk zu überbringen; wenn nichts ausgemacht ist, kann der Besteller verlangen, daß der Rock, die Stiefeln u. s. w. ihm in's Haus geliefert werden, jene Personen tragen also die Gefahr des Weges. Dagegen der auswärtige Handwerker schickt, wenn nichts anderes ausgemacht; Kosten und Gefahr der Uebersendung trägt der Besteller.

Das Bringen ist bewerkstelligt mit der Tradition. Es genügt also nicht, daß die Sache zum Besteller, sondern sie muß dem Besteller gebracht werden. Zu dem Zweck ist eine persönliche Abgabe an ihn oder seine Leute nicht nöthig; es genügt, daß die Sache mit seinem Willen und Wissen in seinem Hof, Garten abgeladen, in seinem Haus niedergelegt wird. Ein Zufall, der während des Abladens, Zuwägens, Zuzählens, Zumessens geschieht, geht noch auf Gefahr des Lieferers; eine Annahme ohne Zuwägen u. s. w. enthält Lieferung, auch hier aber wieder unter der obigen Voraussetzung (S. 421), daß die species contractmäßig war; verweigerte Annahme der annehmbaren Waare begründet mora accipiendi. Ist die Ablieferung erfolgt, so geschieht alles Andere, was der Verkäufer auf Wunsch des Käufers fortan noch mit der Sache vornimmt, z. B. wenn er den Korb mit Wein-

flaschen, das Faß mit Oel in den Keller schafft, auf Gefahr des Käufers.

Im gewöhnlichen Leben kömmt es täglich vor, daß die für die Dienstherrschaft bestimmten Sachen an die Dienstleute abgegeben werden. Die Köchin nimmt die von der Hausfrau bestellten Lebensmittel in Empfang, der Bediente die Kleider, Stiefeln, Bücherpackete für seinen Herrn, ohne daß ein specieller Auftrag vorausgegangen wäre. Darf man hier sagen: es ist nicht der Herrschaft, folglich gar nicht geliefert? Dann müßte die Bäuerin, welche des Morgens in der Frühe die Milch bringt, die Hausfrau wecken, der Schusterjunge mit seinen Stiefeln den Herrn von dem Spieltisch rufen lassen. Und wie, wenn er mehre Male vergebens den Versuch gemacht, sie ihm selber zu übergeben, ihn aber nicht zu Hause getroffen hat? Eben diese Frage leitet uns auf den Gesichtspunkt, der hier entschiedet. Der Verkäufer, der dem Käufer die Sache bringen soll, hat Alles gethan, was ihm contractlich obliegt, wenn er sich zur passenden Zeit mit der Sache zu ihm in's Haus verfügt; findet er ihn selbst nicht vor oder, was dasselbe, ist Letzterer durch Krankheit, geschäftliche oder gesellige Abhaltung verhindert, die Waare in Empfang zu nehmen, oder schließt dessen Rang, Lebensstellung eine darauf gerichtete Zumuthnng aus, so hat der Schuldner nicht nöthig, die Sache wieder mit nach Hause zu nehmen, vielmehr darf er sie an das Gesinde abgeben. Denn der Besteller hätte für derartige Fälle seine Anordnungen treffen müssen, und wenn er unmittelbare Ablieferung an sich selber verlangte, den Schuldner und seine Leute davon in Kenntniß setzen müssen, jener darf diese für ermächtigt halten, die Sache in Empfang zu nehmen. Nur bei solchen Gegenständen wird diese Annahme ausgeschlossen sein, die man vermöge ihres Werths den Dienstboten nicht anzuvertrauen pflegt; der Goldschmidt mit dem bestellten kostbaren Schmuck wird, wenn er die Bestellerin oder ihren Mann nicht

werden, als im Falle des Holens. Wird die Waare bei ihm geholt, wie es geschehen muß, wenn nichts Anderes ausgemacht, so hat er sich um Nichts zu kümmern, als um das Abmessen; statt dessen soll er sie einpacken, zur Post besorgen, Nachricht geben u. s. w. Man kann ganz einfach die Probe machen an dem Falle, wenn ausdrücklich festgesetzt wird, daß der Käufer die Waare abholen lassen sollte, und Letzterer, durch irgend einen Umstand daran verhindert, jetzt dem Verkäufer aufgiebt, sie ihm zuzusenden. Braucht Letzterer sich dies gefallen zu lassen? Soll z. B. der Holzhändler dafür sorgen, wie und wo er Fuhrwerke für die bestellten Balken und Bretter bekömmt? der Kunsthändler die zerbrechlichen Kunstgegenstände einpacken und sich dadurch einer Gefahr aussetzen, für die er von vornherein nicht zu stehen hatte? der Fabrikant für den Transport der Locomotive und Waggons sorgen? Kurz, das Schicken involvirt unter Umständen eine Reihe von so zeitraubenden, lästigen Geschäften, daß man den Verkäufer nicht wider seinen Willen dazu nöthigen kann, und daß der Käufer, um es rechtlich zu beanspruchen, auf eine ausdrückliche oder stillschweigende, aus der Art und den Umständen der Bestellung, der Waare und der Personen zu folgernde Uebernahme desselben von Seiten des Verkäufers sich stützen zu können in der Lage sein muß.

Kurzum, das Schicken muß ausbedungen worden sein, gesetzlich geht der Kaufcontract nur auf Holen.

Untersuchen wir jetzt, mit welchem Moment die Gefahr beim Schicken auf den Käufer übergeht. Es bieten sich zwei Momente dar, zwischen denen man wählen kann: der, wo der Verkäufer mit den Handlungen, die zum Zweck des Absendens erforderlich sind, beginnt, und der, wo er mit ihnen zu Ende gekommen ist. Jener Moment würde sich unmittelbar an den anschließen, mit dem er im Falle des Ho-

lens frei geworden wäre, dem des Abmessens u. s. w.; Alles, was er jetzt noch vornimmt, z. B. das Einpacken, Signiren der Waare, das Aufladen, um sie nach der Eisenbahn zu schaffen, die Besorgung derselben zur Post u. s. w., verrichtet er, um die Waare zu schicken, und es fehlt nicht an Scheingründen, um die Gefahr dieses ganzen Stadiums, in dem das Schicken theils vorbereitet, theils vollzogen wird, dem Käufer zuzuweisen. Es möchten sich etwa folgende vorbringen lassen.

Erster Grund: Beim Holen würde der Verkäufer schon mit dem Abmessen frei geworden sein, folglich auch beim Schicken.

Allein die Verpflichtung und der äußere Hergang beim Holen ist durchaus nicht maßgebend für das Schicken, sonst müßte er es auch für das Bringen sein, d. h. auch Letzteres würde vom Moment der Abmessung an auf Gefahr des Käufers gehen. Allein wie beim Bringen, so kann der Verkäufer sich auch beim Schicken zu einem Mehreren verpflichten, als wozu er im Falle des Holens verbunden gewesen wäre.

Zweiter Grund. Das Schicken nimmt der Verkäufer, weil im Auftrag des Käufers, als dessen Mandatar vor, folglich auch auf dessen Gefahr.

Der Vordersatz ist unrichtig. Denn möge der Verkäufer diesen Auftrag sofort bei Constituirung der Obligation oder erst späterhin sich haben gefallen lassen, derselbe bildet ein integrirendes Moment seiner Gesammtverpflichtung als Verkäufer, es ist die obligatio ex vendito in Richtung auf den Lieferungsmodus, und der Verkäufer kann sich daher dieser Verpflichtung späterhin gar nicht mehr entziehen, während er als Mandatar, jedenfalls unter gewissen Voraussetzungen, das Mandat kündigen darf. Indem er einpackt, auflabet u. s. w., bereitet er die ihm obliegende Leistung vor, welche erst mit der vollzogenen Absendung beendet ist. Ein Zufall, der die

Waare während dieser Zeit trifft, fällt juristisch unter denselben Gesichtspunkt, unter dem beim Holen und Bringen der während der Ablieferung an den Käufer sich ereignende Casus aufzufassen ist; der Akt der Leistung war noch nicht vollzogen, Alles, was vor diesem Zeitpunkt sich ereignet, ist für den Käufer gleichgültig.

Dritter Grund: Der Verkäufer kann, wo das Verpacken mit Unkosten verbunden ist, dieselben vom Käufer ersetzt verlangen; geht aber dieser Akt auf Rechnung, so wird er auch auf Gefahr des Käufers gehen.

Ebenfalls ein Fehlschuß. Kosten und Gefahr fallen durchaus nicht nothwendig zusammen[63]). Dem Verkäufer, welcher bringt, kann für das Bringen eine besondere Vergütung in Aussicht gestellt sein, und umgekehrt der, welcher schickt, kann sich anheischig gemacht haben, die Kosten des Transportes zu übernehmen, ohne auch für die Gefahr zu stehen, was im Zweifel, wenn der Vertrag bloß auf „franco an einen Ort'' lautet, anzunehmen sein möchte. Wie wenig jener Gesichtspunkt des Kostenersatzes hier der maßgebende sein kann, ergiebt sich klar daraus, daß, wenn er es wäre, die Akte, für die der Verkäufer die (wenn auch noch so unbedeutenden) Unkosten zu tragen hat, auf seine Gefahr gehen würden, so z. B. das Signiren der Kisten, das Hinausschaffen derselben aus dem Speicher auf den Frachtwagen, dagegen der Akt der Verpackung, dessen Kosten der Käufer zu tragen, auf Gefahr des Letzteren, so daß also der Verkäufer nichts Besseres thun könnte, als die Verpackung stets so einzurich-

63) Uebereinstimmend hiermit der Art. 322 des Entwurfs des deutschen Handelsgesetzbuchs: . . „Daraus, daß der Verkäufer die Zahlung von Kosten oder Auslagen der Versendung übernommen hat, folgt für sich allein noch nicht, daß der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer als Ort der Erfüllung gilt.“

ten, daß sie mit Auslagen für ihn verknüpft wäre. Das Resultat würde ein höchst klägliches sein. In Fällen, wo die Verpackung keine Auslagen verursachte, würde die ganze Absendung auf Gefahr des Verkäufers gehen, in anderen Fällen entweder ganz auf Gefahr des Käufers oder bloß dieser einzelne Akt, die folgenden wiederum auf Gefahr des Verkäufers!

Für die Ansicht, den Beginn des Stadiums der Absendung zum Normalpunkt der Gefahr zu machen, lassen sich also in der That keine irgendwie haltbaren Gründe anführen, wohl aber umgekehrt gewichtige gegen sie. Zunächst der sprachliche, daß man von Jemandem, der ein „Schicken" übernommen hat, erst dann behaupten kann, daß er es vollzogen, wenn er die Sache abgeschickt hat. Sodann und vor Allem aber der praktische, daß die Gefahrfrage in einer Weise regulirt sein würde, wie man sie kaum schlechter denken könnte. Der Moment der Absendung ist ein ganz bestimmter, scharf begränzter, die Waare geht in andere Hände über, dritte Personen concurriren beim Akt, dagegen der Moment, wann der Verkäufer bei sich das admetiri u. s. w. vorgenommen hat, und mit dem folgeweise das Stadium der Absendung beginnen würde, ein höchst schwankender, oft kaum zu constatirender ist; dies ganze Stadium bis zur Absendung spielt im Hause des Verkäufers, dritte Personen brauchen dabei gar nicht zu concurriren. Hat der Cigarrenhändler, indem er 4 Cigarrenkisten zurückstellt, um sie dem A. zu schicken, bereits das adnumerare, das Ausscheiden vorgenommen? Beginnt das Packen, wenn er die dazu nöthige Packleinwand herbeiholt? Doch ich brauche dies gar nicht weiter zu verfolgen, Jeder sieht, daß man auf diesem Wege sofort in einen casuistischen Sumpf geräth, und eine Theorie, die dahin führt,

ist für das Leben unmöglich und muß von einem verkehrten Ausgangspunkte ausgegangen sein.

So bleibt also nur die vollendete Absendung als einzig denkbarer Moment übrig; denn ein in der Mitte liegender Punkt ist wenigstens vom Standpunkt meiner Theorie aus völlig unmöglich.

Wann ist die Absendung vollendet? Erst dann, wenn der Verkäufer sie der Person oder Anstalt überliefert hat, welche den Transport besorgen soll [64]). Nicht also schon, wenn der Ausläufer mit dem Packete aus dem Hause geht oder unterwegs ist, denn die Besorgung zur Post gehört noch zur Verpflichtung des Verkäufers; wohl aber schon dann, wenn er dem Frachtfuhrmann die Fässer übergeben hat und Letzterer beim Aufladen sie fallen läßt. Wie aber, wenn die Waare erst durch Fuhrwerk auf die Eisenbahn geschafft werden muß? Besorgt dies ein Dritter, so hat der Verkäufer die Waare wiederum in andere Hände gegeben, die Versendung hat bereits begonnen. Allein wie, wenn er selbst durch eigenes Fuhrwerk dies besorgen läßt? Ich bin darüber zweifelhaft und bescheide mich gern, mich zu irren, allein ich würde auch hier dem Käufer die Gefahr zuweisen, denn der Verkäufer ist zu diesem Akt nicht selbst verpflichtet, und nimmt er statt fremder Pferde seine eigenen, um selbst das Fuhrlohn zu verdienen, so ist das so gut, als hätte er sein eigenes Fuhrwerk gemiethet. Aus demselben Grunde würde ich daher ebenso entscheiden, wenn der Verkäufer mit eigenem Fuhrwerk den ganzen Transport bis zum Käufer besorgt hätte; das ihm aufgetragene „Schicken" wird juristisch dadurch nicht zum Bringen, daß die ihm anheimgestellte Wahl der Person, welche

64) So fast wörtlich das französische Recht und der Entwurf des deutschen Handelsgesetzbuchs. S. oben S. 389.

die Waare überbringen soll, auf ihn selber fällt. Wie im Uebrigen der Verkäufer, wenn ihm diese Wahl freigestellt ist, dabei zu verfahren hat, geht über die Gränzen meiner Aufgabe hinaus.

V.

Die Lieferungstheorie.

3. Einfluß der mora accipiendi auf die Gefahr.

Der allgemeine Satz, daß die Mora die Gefahr auf den säumigen Theil überträgt, gilt auch für unser Verhältniß, er nimmt hier jedoch eine eigenthümliche Gestalt an, die eine genauere Darstellung nöthig macht. Der Zufall kann hier nämlich sowohl das genus, als die species treffen.

1. Untergang des genus.

Daß derselbe möglich, ist oben (Note 51) bereits bemerkt; mit dem Stückfaß Wein geht das genus unter, aus dem das Ohm Wein geliefert werden sollte[65]), es ist folglich eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung eingetreten, die, wie sie den Verkäufer stets von seiner Verpflichtung befreit, so ihm im Fall der mora des Käufers einen Anspruch auf den Kaufpreis giebt, weil, wenn nicht durch diese mora die Abmessung unterblieben wäre, der Verkäufer durch Leistung diesen Anspruch erworben haben würde.

Das römische Recht erkennt diese durch die Natur der Sache gebotene Consequenz ausdrücklich an[66]), erblickt also

---

65) War dagegen bloß schlechthin ein Ohm Wein verkauft, welches immerhin der Verkäufer die Absicht haben mochte, aus seinen Weinvorräthen zu liefern, und letztere gehen sämmtlich unter, so trifft den Käufer der Schaden auch im Fall der mora accipiendi nicht, denn das genus war hier nicht der Wein des Verkäufers, sondern Wein überhaupt. l. 30 § 5 ad leg. Falc. (35. 2).

66) l. 5 de peric. (18. 6), l. 2 Cod. ibid. (4. 48).

in der zur Zeit noch nicht bewerkstelligten Ausscheidung der species kein Hinderniß des casus. Allerdings hätte der Verkäufer im Fall der mora die Ausscheidung vornehmen [67]) und damit die Gefahr der dadurch hergestellten species ausschließlich dem Käufer zuweisen können (s. u.); allein diese Befugniß ist keine Pflicht.

Was nun vom totalen Untergang des genus, muß auch vom theilweisen gelten, und zwar in der Weise, daß der Käufer im Verhältniß seines Antheils zum Ganzen die Gefahr des letzteren zu tragen hat. Geht also die Hälfte des Stückfasses durch Casus unter, so reducirt sich sein Ohm auf ein halbes, und weder kann er dem entgegensetzen: es sei mit Nichts bewiesen, daß in dem ausgelaufenen Theile auch ein Theil seines Ohms enthalten gewesen, noch umgekehrt der Verkäufer, daß des Käufers ganzes Ohm darin gesteckt habe; es tritt also eine societas periculi ein, ähnlich wie wenn ihrer mehrere Personen in einem Stückfaß Wein jede ein Ohm hätten.

Die mora accipiendi und der Untergang des ganzen genus wird zwar regelmäßig nur bei der Obligation auf Holen eintreten, allein möglich ist sie auch bei der auf Bringen und Schicken. Wenn z. B. der Wagen mit Braunkohlen, von dem der Käufer 5 Centner auf seinem Hofe abgemessen haben will, untergeht, nachdem Letzterer in mora accipiendi versetzt war, so hat der Untergang auch hier wiederum das ganze genus getroffen; ebenso wenn das Stückfaß Wein, von dem der Verkäufer ein Ohm schicken sollte, während der mora des Käufers untergeht. Letztere liegt freilich nicht

67) Nach dem früheren jus strictum durfte er sogar den Wein nach vorheriger Ankündigung abmessen und auf die Straße schütten, wovon jedoch die neueren Juristen ihm abrathen l. 1 § 3, 4 de peric. (18. 6), l. 8 de tritico, vino (33. 6).

schon darin, daß der Käufer den ursprünglich bestimmten Termin der Absendung hinausschiebt, es kömmt vielmehr darauf an, ob der Verkäufer sich dabei beruhigt hat oder nicht. Im ersten Falle ist mit beiderseitigem Einverständniß der Termin der Lieferung hinausgeschoben. Wie aber, wenn Letzterer sich darauf nicht einlassen will, vom Käufer aber die zu ertheilende Angabe über Zeit und Art der Absendung nicht erwirken kann? Soll er, um sich der Haftung für die Gefahr zu entziehen, trotzdem absenden? Daß er es darf, unterliegt keinem Zweifel, allein gewiß ist er dazu nicht verbunden. Ebenso wenig kann aber das Ausscheiden zu diesem Zwecke von ihm verlangt werden. Denn wozu die bloße Ausscheidung, wenn nicht abgesandt wird? Etwa, um mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines casus das Object zu individualisiren? Allein das Ohm des Käufers kann, wie wir gesehen haben, auch im Stückfaß untergehen. Und wie, wenn es gar nicht abgefüllt werden konnte, weil der Käufer das Faß, in das es gefüllt werden sollte, trotz mehrfacher Mahnung des Verkäufers nicht schickt? Gewiß war hier der Käufer in mora accipiendi, es liegt also kein Grund vor, warum ihn nicht auch hier die Gefahr des genus treffen sollte, er hätte es ja sonst in seiner Hand, die Haftung des Verkäufers für die Gefahr aufs Unbestimmte hinaus zu verlängern.

2. Untergang der species.

Die dem Käufer offerirte annehmbare species geht, wenn die Ablieferung durch dessen Schuld verhindert, er also in mora versetzt ist, so lange diese mora dauert, auf dessen Gefahr. Denn hätte Jener sie angenommen, so wäre der Verkäufer von der Gefahr frei geworden: non teneretur, si creditor accipere voluisset, wie die l. 72 pr. de solut. (46. 3) sagt.

In der letzteren Stelle wird die daran sich knüpfende Consequenz zwar nur in Bezug auf eine Geldzahlung ausgesprochen: das dem Gläubiger offerirte und von ihm ohne Grund zurückgewiesene Geld geht ihm unter, wenn der Schuldner es ohne seine Schuld verliert [68]), allein es kann keinem Zweifel unterliegen, daß ganz dasselbe für alle Contractsverhältnisse gilt, bei denen es sich um Zahlung einer generisch bestimmten Sache handelt, so namentlich auch beim Kaufcontract, wie denn der Jurist selbst am Ende jener Stelle seine Regel auch auf den „servus in dote" (Note 44) anwendet, und die l. 84 § 3 de leg. I (30) eine gleichlautende Entscheidung über das legatum generis giebt. Der Umstand, daß die römischen Juristen in diesen Fällen den Schuldner nicht, wie bei dem Untergange einer versprochenen species, durch den casus ipso jure frei werden lassen, sondern ihm durch eine exceptio doli zu helfen für nöthig halten, ist ein abermaliges Argument für die Unrichtigkeit der Individualisirungstheorie. Denn der letzteren zufolge, welche die Möglichkeit statuirt, daß der generisch bestimmte Gegenstand sich noch vor der Leistung durch Ausscheidung in eine species verwandeln kann, müßte in diesem Falle die offerirte species nicht minder ipso jure dem Gläubiger untergehen, als ob sie von Anfang an Gegenstand des Vertrages gewesen wäre. Wenn nämlich schon in der in Abwesenheit des Käufers vorgenommenen Ausscheidung unter Hinzukommen der

68) Aehnlich l. 6 de doli exc. (44. 4), wo statt opera wohl mora zu lesen sein dürfte. Ueber die l. 102 pr. de solut. (46. 3) vergl. Fr. Mommsen, Die Lehre von der Mora S. 300. In der l. 39 ibid. erfolgt in dem dort behandelten ersten Falle die Deposition des Geldes auf Gefahr des Gläubigers, si per eum stetit quominus in continenti probaretur, im zweiten Falle auf Gefahr des Schuldners, weil er die Deposition im Interesse seiner Sicherstellung vornimmt.

Benachrichtung eine zweiseitige Ausscheidung und Individualisirung des Objects liegen soll, um wie viel mehr, wenn dieser Akt dem Gläubiger persönlich gegenüber vollzogen wird. Die exceptio doli der Römer ist ganz consequent und gewährt einen schlagenden Beweis für meine obige (S. 385) Behauptung, daß die obligatio generis von Anfang bis zu Ende auf ein genus geht. Denn der Legatar im Fall der l. 84 § 3 de leg. I cit., dem ein „homo" vermacht und der Stichus offerirt worden war, konnte, wenn er eine Klage erheben wollte, dieselbe nur auf den „homo," nicht auf den „Stichus" stellen, der Einwand des Beklagten aber, daß der Kläger rücksichtlich des ihm offerirten und inzwischen verstorbenen Stichus in mora accipiendi gewesen sei, verhielt sich dieser Klage gegenüber nicht als directe Behauptung der Unmöglichkeit der Leistung, indem der „homo" immer noch geleistet werden konnte, auch wenn der Stichus untergegangen war. Nur bei dem Untergang des ganzen genus würde eine solche casuelle Unmöglichkeit der Leistung vorhanden sein, in unserem obigen Falle würde also in römischer Sprache ausgedrückt der casus den Verkäufer ipso jure befreien, in dem gegenwärtigen ope exceptionis.

Was zur mora accipiendi gehört, steht hier nicht zur Untersuchung, das einzige Erforderniß, welches wir hier zu betrachten haben, besteht in der gehörigen Individualisirung des Objects, und auch darüber ist wenig zu bemerken. Bei generisch bestimmten, erst anzufertigenden Sachen ist dazu die vollständige Herstellung derselben erforderlich; jenachdem sie gebracht, geholt oder geschickt werden sollen, durch Schuld des Bestellers dies aber unterblieben ist, geht die Gefahr auf ihn über. Bei allen anderen Sachen ist die Ausscheidung einer contractmäßigen species erforderlich, und je nach dem eben angegebenen Unterschiede genügt die bloße, im Namen des

Käufers vorgenommene Ausscheidung — so beim Holen und Schicken — oder ist noch die reelle Oblation, beziehungsweise die durch den anderen Theil verschuldete Verhinderung derselben nöthig. Mit der Aufhebung der species von Seiten des Verkäufers, z. B. dadurch, daß er das Ohm Wein in das Stückfaß zurückschüttet, hört natürlich die Möglichkeit des Unterganges der **species** auf, wodurch aber die ihres mittelbaren Unterganges im **genus** (Note 65) nicht ausgeschlossen ist; mit dem anderweitigen **Verkauf** derselben schwindet die Möglichkeit eines dem Verkäufer durch die mora des ersten Käufers im Fall des casus erwachsenden **Schadens**.

Indem ich hiermit meine Darstellung beende, will ich schließlich meine Theorie in gedrängter Form, wie sie etwa in einem Compendium Platz finden könnte, zusammenfassen:

> **Bei dem Verkauf generisch bestimmter Gegenstände, mag das genus, zu dem sie gehören, eng oder weit bestimmt sein, bereits existiren oder nicht, also auch bei erst anzufertigenden Sachen, geht die Gefahr auf den Käufer erst über mit der wirklich beschafften oder durch seine mora verhinderten Lieferung, die Lieferung aber geschieht bei ihm selbst (Holen), insofern nicht das Bringen oder Schicken ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist, die Ausscheidung ist dazu weder schlechthin erforderlich, noch ausreichend.**

